Crim.
236 w

Siemens

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

<36634554980010

<36634554980010

Bayer. Staatsbibliothek

Ueber die

ordentliche Strafe

und ihre

Abweichungen

so wie über

richterliche Willkühr.

Mit besonderer Beziehung auf das preußische Kriminalgesetzbuch

von

Georg Siemens,
Oberlandesgerichts-Assessor in Torgau.

Berlin, 1840.
Bei Ferdinand Dümmler.

Go. D.

Erit autem lex honesta, justa, possibilis, secundum naturam, secundum patriae consuetudinem, loco temporique conveniens, necessaria, utilis, manifesta quoque, ne aliquid per obscuritatem in captionem contineat, nullo privato commodo, sed pro communi civium utilitate conscripta.

Corpus juris canonici dist IV. *causa* 2.

Inhalt.

Seite

I. Einleitung. 1
II. Crimina extraordinaria und poena arbitraria nach römischem Recht. 5
III. Ueber poena ordinaria extraordinaria, und arbitraria nach gemeinem Recht. 18
IV. System des preußischen Kriminalrechts. . . . 40
V. Die ordentliche Strafe. 54
VI. Die Freiheit. 70
VII. Die außerordentliche Strafe. 89
VIII. Verschärfungs- und Milderungsgründe. . . . 116
IX. Die arbiträre Strafe. 146
X. Von der Begnadigung. 165
XI. Die richterliche Willkühr. 170
XII. Schluß. 190

Bayerische Staatsbibliothek München

I.

Einleitung.

Man kann nicht darüber klagen, daß in neuerer Zeit nicht genug Bücher über das preußische Recht erschienen wären, da noch jede Messe die Zahl der Compilationen vermehrt hat, und sie in größerer Anzahl gleichzeitig angekündigt wurden.

Aber diese Erscheinung dürfte kaum eine erfreuliche genannt werden, da sie nur den Beweis von dem verworrenen Zustande des Rechtes liefert, was allmählich wieder in die Lage zu gerathen scheint, in der es sich zu Justinians Zeit befand, als er den Tribonian mit der Sammlung der älteren Quellen und deren Ordnung beauftragte.[1])

Es kommt hierbei noch in Betracht, daß Wissenschaft und Schriftstellerei jetzt häufig als Erwerbsquellen angesehen werden,[2]) die nur durch die Menge lohnen können. Die

---

[1]) Proëmium de conf. institut. §. 2.
Et cum sacratissimas constitutiones antea confusas in luculentam ereximus consonantiam, tunc nostram extendimus curam ad immensa veteris prudentiae volumina et opus desperatum quasi per medium profundum euntes, coelesti favore jam adimplevimus.

[2]) Nach den Worten unseres Dichters:
Einem ist sie die hohe, die himmlische Göttin, dem Andern
Eine tüchtige Kuh, die ihn mit Butter versorgt.

Anzahl der Leser wird hierbei mehr berücksichtigt als ihre Qualität, und Niemand nimmt ein Interesse daran, eine Hülle von Gedanken in den Raum weniger Zeilen zusammenzudrängen, in welcher Tacitus als noch unerreichtes Muster voraufgeht.

Die mühsamen und oft fruchtlosen Versuche historischer Forschung bleiben dabei zurückgesetzt, und man braucht nur um etwa 30 Jahr bis auf die Quellen des preußischen Rechtes zurückzugehen, um noch ein Feld der Bearbeitung zu finden.

Es giebt aber keine Wissenschaft, die inniger mit der Geschichte verwebt ist, als das Recht, denn jede Gesetzgebung enthält viele Punkte, die der Philosophie nicht entsprechen, die aber nichts destoweniger durch Sitten, Gewohnheiten, Oertlichkeiten und den allgemeinen Bildungsgrad der Nation bedingt werden. [3])

Wenn auch in der That ein Jurist und Gesetzgeber viel zu wünschen übrig läßt, wenn seine Denkkraft nicht geübt und durch höhere Principien geleitet wird, so ist der rein historische Jurist doch jedenfalls minder gefährlich, als ein philosophischer Jurist, der, von vorgefaßten Meinungen

---

[3]) Montesquieu de l'esprit des lois Livre I. chap. 3. Elles (les lois) doivent être relatives au physique du pays, au clima glacé, brûlant ou tempéré, à la qualité du terrain, à sa situation, à sa grandeur; au genre de vie des peuples, laboureurs, chasseurs ou pasteurs: elles doivent se rapporter au degré de liberté que la constitution peut souffrir, à la religion des habitans, à leurs inclinations, à leurs richesses, à leur nombre, à leur commerce, à leurs moeurs, à leurs manières. Enfin elles ont des rapports entre elles; elles en ont avec leur origine, avec l'objet du legislateur, avec l'ordre des choses, sur lesquelles elles sont établies. C'est dans toutes ces vues qu'il faut les considérer.

ausgehend, Experimente mit Theorien macht, die sich noch nicht bewährten. Wir haben selbst in neuerer Zeit schon mehrere solcher Theorien und Principien in einem daran besonders reichen Lande entstehen, und spurlos vorüber gehen sehen.

Auch die Kriminalrechtswissenschaft hat sich hiervon nicht freigehalten, und es soll daher in der nachstehenden Abhandlung versucht werden, den Weg zu zeigen, den das preußische Kriminalrecht bei seinem Entstehen in den vorauf geschickten allgemeinen Paragraphen verfolgte, und einige jetzt für zweifelhaft gehaltene Vorschriften historisch zu erörtern.

Möchte die Arbeit auch bei der bevorstehenden Revision ihr praktisches Interesse verlieren, so könnte sie vielleicht dazu dienen, die Aufmerksamkeit anderer Juristen einigen Interessen zuzulenken, deren Vernachläßigung nach und nach allgemein empfunden und aufrichtig beklagt zu werden anfängt.

Sie betrifft die ordentliche, außerordentliche und arbiträre Strafe, die Natur der Verschärfungs- und Milderungsgründe, so wie die Willkühr des Richters.

Es sind dies Punkte, über die noch immer einander entgegenstehende Ansichten aufgestellt werden. Das Studium der Theorie reicht indeß zur Beantwortung solcher Fragen nicht aus, weil sie durch zu viel fremde Interessen bedingt werden. Nur die Beobachtung vieler mannigfaltiger Fälle, also die Erfahrung, kann dem Urtheil eine sichere Richtung geben; aber selbst die Erfahrung eines Menschenlebens reicht dazu nicht aus, und man muß sich längst vergangenen Zeiten zuwenden, um die Stimmen denkender Männer darüber zu vernehmen. Dabei wird der Vorzug

fühlbar, den die Schriften älterer Juristen vor denen der neueren darin besitzen, daß jene sich practisch hauptsächlich durch Erfahrung bestimmen und von ihr leiten ließen, anstatt daß heutigen Tages die schwierigsten Fragen von allgemeinem Standpunkte aus ohne Zögern entschieden werden. So groß ist gegenwärtig die Meinung von den eigenen Kräften, daß man den durch die Zeit hervorgerufenen Theorien und Systemen unbedingt vertraut, ohne zu bedenken, daß auf diese Weise die Thüre geöffnet worden, durch welche Irrthum und Täuschung von jeher freien Eingang gefunden haben. Um diese so viel als möglich zu vermeiden, ist mit dem römischen Rechte der Anfang gemacht, weil dieses sowohl im Civil als im Strafrecht die Grundlage des späteren deutschen Rechts bildete. Die an Cultur zurückstehende Nation wird, wenn sie mit einem civilisirten Volke, dessen Institutionen ausgebildet sind, in Berührung kommt, sich die letzteren bis zu einem gewissen Grade aneignen. Wenn dies unsere Vorfahren thaten, so genügten sie nur dem Bedürfniß eines rascheren Fortschreitens, und es stand, da das auf der breiten Basis einer vernünftigen Anschauung beruhende Recht gebildeter Völker sich stets in vielen Beziehungen gleichen wird, eine Beeinträchtigung des Nationalcharakters nicht zu besorgen, so lange der Freiheit der Entwickelung kein Zwang auferlegt wurde, wie sich denn auch das Handels- und andere Rechte unbeschadet des römischen selbstständig ausbildeten. Als das römische Recht noch fast allgemeine Gültigkeit besaß, bestanden noch lange Zeit deutsche Eigenthümlichkeiten, die jetzt, da man an ein entscheidenderes Eingreifen der legislativen Gewalt schon gewöhnt ist, trotz der allmählichen Entfernung des römischen Rechtes schon gro-

ßentheils verloren gegangen sind, und ganz zu entschwinden drohen.

Immer bleibt es indeß Thatsache, daß unsere Jurisprudenz eine Tochter der römischen ist, und daß wir auch heutigen Tages zur Beseitigung vieler Zweifel und zur Erklärung späterer Ansichten auf dieselbe zurückgehen müssen. Das Recht stellt sich als eine Kette dar, deren Glieder sich in einander fügen, und die Geschichte des deutschen Rechts ist mit der Geschichte des römischen Rechtes in einen solchen Zusammenhang gerathen, daß ohne Lücken zu lassen, die eine nicht von der anderen getrennt werden kann, und man, um das Nöthige festzustellen, bis in die Zeiten des Alterthums hinaufsteigen muß.

Wenn übrigens hin und wieder bestimmte, gleichfalls dem Irrthum unterworfene Ansichten aufgestellt und entgegenstehende getadelt sind, so wird man die Person von der Sache zu trennen wissen, und es erscheint daher kaum nöthig, den alten Satz:

sine ira et studio, quorum causas procul habeo

für den Verfasser in Anspruch zu nehmen.

II.

Crimina extraordinaria und poena arbitraria nach römischem Recht.

Zu den Zeiten Justinians, 530 Jahre nach Christi Geburt [1]) wurde die Kriminalrechtspflege auf dreierlei Weise geübt, denn es bestanden:

---

[1]) Justinian regierte vom 1. April 527 — 14. November 565, also 38 Jahre 7 Monate und 13 Tage. Institutionen und Pandekten wurden beide im Jahr 533 publicirt.

publica judicia,
extraordinaria judicia und
privata judicia.[2])

Die letzteren begriffen diejenigen Klagen in sich, die ihrer Wirkung nach nicht bloß auf Leistung eines Ersatzes, sondern auf Zuerkennung einer Strafe gingen, wohin diejenigen actiones gehörten, welche im Gegensatz von den Contraktsklagen unmittelbar ex delicto, als furtum, rapina damnum und injuria, entstanden waren. Außerdem gehörten noch hierher die actiones quasi ex maleficio[3]) und mehrere andere, von denen nur die actio arborum furtim caesarum und die actio de servo corrupto, beide auf das Doppelte, erwähnt werden mögen. Je nachdem diese Klagen sich auf die Strafe allein, oder auf die Leistung des Ersatzes zugleich mit der Strafe bezogen, nannte man sie actiones poenales oder mixtae,[4]) und wenn sie von einem Jeden aus dem Volke angestellt werden konnten, actiones populares. Im Grunde unterschieden diese sogenannten Pönalklagen sich wenig von den gewöhnlichen Privatklagen, mit denen sie im Verfahren zusammenfielen, daher es einer näheren Berücksichtigung derselben hier nicht bedarf.

Dagegen enthielten die judicia publica, welche zum Theil aus Ciceros berühmten Reden bekannt sind, die

---

[2]) Heineccii antiquitatum Romanarum syntagma Lib. IV. tit. VI. §. I. Cellarii comp. antiquitatum Rom. pag. 192. Bachii hist. jurisprudentiae Rom. pag. 97.

[3]) Instit. IV. tit. 1 — 5.

[4]) §. 18. Instit. 4. 6. Ex maleficiis vero proditae actiones, aliae tantum poenae persequendae causa comparatae sunt; aliae tam poenae quam rei persequendae, et ob id mixtae sunt.

eigentliche Form, in welcher zu den Zeiten der Republik und später die Kriminalrechtspflege stattfand.

Die Gesetze der 12 Tafeln waren in ihren Strafbestimmungen streng, und hatten für neun ganz verschiedenartige Verbrechen die Todesstrafe, für viele andere aber die Strafe der Geißelung und der Sclaverei festgesetzt. [5]) Die Ausübung der Strafgewalt befand sich ursprünglich in den Händen der Consuln, welche eine unbeschränkte Macht von den Königen geerbt hatten. [6]) Die mißbräuchliche und parteiische Ausübung hatte indeß die Unzufriedenheit eines Theiles des Volkes rege gemacht, welches eine Abänderung in dieser Beziehung wünschte. [7]) Dieselbe wurde auch endlich durch die lex Valeria de provocatione bewirkt, deren Durchsetzung große Mühe gekostet hatte, indem sie nach Livius von derselben Familie drei Mal vorgeschlagen werden mußte, ehe sie bleibende Norm wurde. [8]) Durch dieses Gesetz war zwar den römischen magistratus die Befugniß Recht zu sprechen nicht entzogen, aber es stand dem römischen Bürger, welcher zur Ruthenzüchtigung oder zum Tode verurtheilt war, frei, gegen diesen Ausspruch an die Volksgemeinde zu provociren. Wie oft die Folgen der Gesetze sich anders stellen, als sie

[5]) Vergleiche Gibbons Geschichte des Verfalls des römischen Reichs T. XI. cap. 44. und dessen lichtvolle Auseinandersetzung.

[6]) Niebuhrs römische Geschichte. I. Rom bis zur Schlacht am Regillus.

[7]) Livius III. cap. 9. Quippe duos pro uno domino acceptos, immoderata, infinita potestate: 'qui, soluti atque effrenati ipsi, omnes metus legum omniaque supplicia verterent in plebem.

[8]) Livius X. cap. 9. Eodem anno (452 p. u. c.) Marcus Valerius consul de provocatione legem tulit, diligentius sanctam. Tertia ea tum post reges exactos lata est, semper a familia eadem. cf. Livius II. cap. 8. u. III. cap. 9.

beabsichtigt wurden, so ging auch hier in Folge dieses Gesetzes die Strafgewalt aus den Händen der Magistrate in die Hände des Volkes über, indem die ersteren sich nicht mehr mit Verurtheilungen abgaben, deren Kraft immer suspendirt werden konnte, sondern von nun an nur die Stelle der Ankläger in causis publicis übernahmen. Da indeß die lex Valeria keine Strafe für den Uebertreter bestimmt, sondern nur allgemein das Unrecht festgestellt hatte,[9]) so mußte nachmals, nach Verlauf von 100 Jahren, 557, dieselbe Bestimmung unter Androhung einer schweren Strafe, durch die lex Porcia, erneuert werden. Diese Strafe bestand in der Verbannung,[10]) und damit wurde die Befugniß der richterlichen Verurtheilung völlig für die Volksgemeinde gewonnen.

Cicero sagt, daß später Quaestiones perpetuae eingeführt seyn, deren es früher keine gegeben,[11]) und eben so erhellt aus dem Livius, daß in mehreren Fällen dergleichen quaestiones angeordnet wurden.[12]) Es scheint

---

9) Livius X. cap. 9. Porcia tamen lex sola pro tergo civium lata videtur: quod gravi poena, si quis verberasset necassetve civem Romanum, sanxit. Valeria lex, quum eum, qui provocasset, virgis caedi, securique necari vetuisset, si quis adversus ea fecisset, nihil ultra, quam improbe factum, adjecit.

10) Sallustius bellum Catilin. cap. 51. Tunc lex Porcia aliaeque leges paratae sunt, quibus legibus, exilium damnatis permissum.

11) Ciceronis Brutus cap. 27. Nam et quaestiones perpetuae hoc adolescente constitutae sunt, quae antea nullae fuerunt. Dies geschah 605 p. u. c. vergl. Bachii histor. jur. Rom. II. cap. 1. §. 22.

12) Livius IV. cap. 51. His consulibus principio anni senatusconsultum factum est, ut de quaestione Postumianae caedis tribuni primo quoque tempore ad plebem ferrent. Livius IX. cap. 26.

die eigentliche Bewandniß, welche es mit diesen quaestiones, und namentlich den quaestiones perpetuae hatte, noch nicht hinreichend aufgeklärt zu seyn. Wahrscheinlich ist es, daß durch einen vorläufigen Beschluß nur festgestellt werden sollte, daß dieser oder jener Fall zur Untersuchung zu ziehen sey, wie solches noch heute in England in ähnlicher Weise mittelst der großen juri statt findet, und wie es in einer mäßig großen Stadt auch rücksichtlich der ganzen Bürgerschaft ausführbar erscheint. In besonders wichtigen Fällen und im Zwiespalt der Parteien scheint auch noch die Nebenabsicht zum Grunde gelegen zu haben, der Sache durch eine solche quaestio besonderen Nachdruck und Glanz zu verleihen, und das Interesse zu wecken.[13]) So sagt z. B. Cicero in der Rede pro Milone:

> Hanc quaestionem, etsi non est iniqua, nunquam tamen senatus constituendam putavit; erant enim leges, erant quaestiones, vel de caede vel de vi, nec tantum moerorem ac luctum senatui mors P. Clodii afferebat, ut nova quaestio constitueretur.

Setzt man Obiges voraus, so erklärt sich diese Stelle von selbst, und es würde leicht seyn, aus der Geschichte neuerer Staaten Fälle ähnlicher Art hervorzuheben.

Was nun die Wahl der Richter, welche aus den verschiedenen Ständen genommen wurden, anlangt, so wurden hierüber von Cajus Gracchus ab die Bestimmungen mehrmals geändert. Die Republik eilte damals mit schnellen Schritten ihrem Untergange entgegen und die Gesetze wurden ohne Noth aus bloßen Parteizwecken oftmals ge-

---

[13]) Tacitus Annal. Lib. III. cap. 27.

ändert, ohne daß sich aus dem Sittenzustande des Volkes ein inneres Bedürfniß herausstellte.[14]) Wie weit in jenem verdorbenen Zeitalter die Bestechlichkeit der Richter ging, davon gewähren Ciceros Reden und namentlich die oratio pro Cluentio Avito ein auffallendes widriges Bild, und es war durchaus nothwendig, daß bei einem solchen Zustande des Rechts und der Rechtspflege, letztere in die Hände bestimmter, dazu verordneter Beamten übergehen mußte.

Judicia extraordinaria gab es aber überhaupt zu jener Zeit noch nicht, und wenn Cicero in der oratio pro Milone cap. VI. Folgendes sagt:

> Itaque ego ipse decrevi, cum caedem in Appia factam esse constaret, non eum, qui se defendisset, contra rempublicam fecisse, sed cum inessent in re vis et insidiae, crimen judicio reservari, rem notavi. Quod si per visosum illum tribunum senatui, quod sentiebat, perficere licuisset, novam quaestionem nullam haberemus. Decernebat enim, ut veteribus legibus, *tantum modo extra ordinem quaereretur*. Divisa sententia est, postulante nescio quo; nihil enim necesse est omnium me flagitia proferre. Sic reliqua auctoritas senatus empta intercessione sublata est.

so hat man aus dieser Stelle irrthümlich auf ein judicium extraordinarium im späteren Sinne des Wortes schließen wollen.

---

[14]) Tacitus Annal. Lib. III. cap. 27. Vergl. Suetonius das Leben Vespasians cap. 8. in fine, nach welchem sich damals mehr als 3000 eherne Tafeln auf dem Capitolium befunden haben müssen, da sich kaum annehmen läßt, daß sie alle verbrannt gewesen seyn sollten.

Das extra ordinem quaerere steht mit den extraordinariis criminibus zur Zeit Justinians in keinem Zusammenhange, und sollte nur heißen, daß die Sache, bei ihrer Erheblichkeit, zuerst und außer der Folge vorgenommen werden müsse.[15])

Der Justinianeische Begriff, daß dem judicium publicum eine bestimmte lex zum Grunde liegen müsse, hätte früher den Unterschied um so weniger ausmachen können, als diejenigen leges, welche in den Justinianeischen Rechtsbüchern als ein judicium publicum begründend aufgeführt werden, fast sämmtlich erst aus der Kaiserzeit herrühren. Es läßt sich daraus abnehmen, daß die Bedeutung der judicia publica sich allmählich umgestaltet hatte, und daß man schon vor der Zeit Justinians ihre besonderen Eigenthümlichkeiten nicht mehr kannte, oder nicht mehr kennen wollte.

Der Gesetze, welche damals die judicia publica zur Folge hatten, waren übrigens folgende 11:[16])

1) lex Julia majestatis,
2) lex Julia de adulteriis,
3) lex Cornelia de sicariis et veneficiis,
4) lex Pompeja parricidii,
5) lex Julia peculatus,
6) lex Cornelia de testamentis,
7) lex Julia de vi privata,
8) lex Julia de vi publica,
9) lex Julia ambitus,

---

[15]) Ciceron. epist. Lib. 8. ep. 8. §. 1. Vergleiche neues Archiv des Kriminalrechts Bd. 8. S. 686 und Bd. 14. S. 499.

[16]) l. 1. D. 48. 1. de publicis judiciis.

10) lex Julia repetundarum,

11) lex Julia de annona,

die zusammen einen Zeitraum von noch nicht 100 Jahren umfassen.[17])

Was das Verfahren anlangte, so war unser inquisitorischer Proceß den Römern unbekannt, und das judicium publicum setzte eine Anklage voraus. Der Mißbrauch, welcher in jenen verdorbenen Zeiten mit diesen Anklagen getrieben worden war, hatte deren Einschränkung nöthig gemacht, und es blieben aus diesem Grunde mehrere Klassen von Personen von der Berechtigung anzuklagen ausgeschlossen.[18]) Nur bei einigen Gesetzen waren des öffentlichen Interesses oder ihrer Wichtigkeit wegen besondere Ausnahmen gemacht.[19]) Es durften auch ferner nicht alle angeklagt werden, ein privilegium, welches dem praeses provinciae, den Magistraten der Hauptstadt, den im öffentlichen Interesse Abwesenden, und dem legatus provinciae, sofern er nicht schon vor dem Antritt seines Amtes ein Verbrechen begangen hatte, zu Statten kam.[20]) Nach einer besonderen Bestimmung war es selbst unter-

---

[17]) Im Jahre 673 p. u. c. wurde Sulla zum Diktator erwählt, und Augustus starb 767. In diese Zeit fallen diese Gesetze, Bachii histor. jurispr. Rom. Lib. II. cap. 2. §. 73. und Lib. III. cap. 1. §. 31. Der Jurist Aemilius Macer hat indeß noch einige Gesetze fortgelassen, als die lex Julia peculatus und die lex Fabia de plagiariis tit. 13. und 15. D. 48.

[18]) l. 8 — 11. D. 48. 2. de accusationibus et inscriptionibus.

[19]) Dies war der Fall bei der lex Julia majestatis, und bei der lex Julia de annona. cf. l. 7. und 8. D. 48. 4. ad legem Juliam majestatis und l. 13. D. 48. 2. l. 3. §. 2. D. 48. 12. de lege Julia de annona.

[20]) l. 12. D. 48. 2.

sagt, gleichzeitig mehrere Personen anzuklagen, wenn nicht eigen erlittenes Unrecht die Veranlassung gab.[21])

Mit der Anklage war die subscriptio in crimen verbunden, und von dieser ab war der Ankläger gehalten, die Sache zu verfolgen, wenn er sich nicht der Bestrafung nach dem senatus consultum Turpillianum aussetzen wollte.[22]) Der Angeklagte mußte hierauf Caution bestellen, oder wurde nach Beschaffenheit des Verbrechens, dessen er angeklagt war, verhaftet.[23])

Zu Justinians Zeit hatte schon lange die Oeffentlichkeit der Verhandlung aufgehört. Man wollte den Namen der publica judicia daraus ableiten, daß sie sich besonders mit dem öffentlichen Interesse beschäftigten,[24]) aber dies kann der Grund um so weniger gewesen seyn, als die judicia publica eben sowohl die Rechte der Privatpersonen betrafen, wie sich die crimina extraordinaria theilweis auf das öffentliche Recht bezogen. In den Institutionen wird die Benennung aus dem Umstande erklärt, daß einem Je-

---

[21]) Lege Julia judiciorum publicorum cavetur, ne eodem tempore de duobus reis quis queratur nisi suarum injuriarum causa. l. 12. §. 2. D. 48. 2. de accus. et inscript.

[22]) Si cui crimen objiciatur, praecedere debet in crimen subscriptio, quae res ad id inventa est, ne facile quis prosiliat ad accusationem, quum sciat, inultam sibi accusationem non futuram l. 7. D. 48. 2. Nach dem senatusconsultum Turpillianum konnte sich der Accusator einer calumniatio, praevaricatio und tergiversatio schuldig machen. cf. l. 1. D. 48. 16. ad senatuscons. Turpillianum und wurde ersteren Falls extra ordinem bestraft. l. 3. ibid.

[23]) l. 1. D. 48. 3. de custodia et exhibitione reorum.

[24]) Heineccii antiquitatum Romanarum syntagma. Lib. IV. tit. 18. §. 2. Publica dicebantur et quia pertinebant ad statum publicum sive reipublicae, non ad privatorum statum ut judicia privata, et quia ex legibus publicis oriebantur.

den das Recht der Anklage freigestanden habe,[25]) eine Eigenschaft, welche sie indeß mit den actionibus popularibus getheilt haben würden. Wahrscheinlicher ist es, daß der aus alter Zeit herstammende Name ursprünglich mit der Oeffentlichkeit der Verhandlung zusammenhing, indem das Volk den judiciis publicis gleich einem Schauspiele zuströmte, und an dem Ausgange Theil nahm.[26]) Dergleichen spätere Erklärungen täuschen oft, wenn sich zumal die Verhältnisse geändert haben.[27]) So ist auch der Begriff der extraordinären Strafe nach heutigem Recht ein anderer als im verflossenen Jahrhundert.

Unter der Herrschaft des Tiberius 767—790 p. u. c. war eine für das Recht sehr wichtige Veränderung eingetreten, indem während derselben die Befugniß zur Gesetzgebung, welche vormals den Volksversammlungen zugestanden hatte, und von der noch unter Augustus bei der lex Julia et Papia Poppaea Gebrauch gemacht worden war,[28]) auf den Senat übertragen wurde. Die früher so reichhaltige Quelle der öffentlichen leges war hiermit verstopft, und an ihre Stelle kamen die senatusconsulta und constitutiones principum.[29]) Allein für die judi-

---

[25]) Publica autem dicta sunt, quod cuivis ex populo executio eorum plerumque datur. §. 1. Inst. 4. 18. de publicis judiciis.

[26]) cf. Cicero pro Milone cap. 1. und pro Roscio Amerino cap. 1. Sallustius Jugurtha cap. 34.

[27]) Bach historia jurispr. Rom. Lib. III. cap. 1. §. 32. macht die Bemerkung, daß von den principes oftmals falsche Vorwände gebraucht, von den Schriftstellern aber als richtig bestätigt seyn.

[28]) Suetonius vita Augusti cap. 34. Prae tumultu recusantium perferre non potuit, nisi ademta demum lenitave parte poenarum et vacatione triennii data auctisque praemiis. Bachii hist. jurispr. Rom. Lib. III. cap. 1. §. 7.

[29]) Deinde quia difficile plebs convenire coepit, populus-

cia publica konnten sie keine Norm abgeben, und diese blieben, um ihre plötzliche Aufhebung zu vermeiden, nun dadurch abgeschlossen, daß man die im Laufe der Zeit fortwährend nothwendige Ausbildung des Kriminalrechts durch crimina extraordinaria bewerkstelligte. Man kann daher füglich den Grundsatz aufstellen, daß, insofern nicht eine bloße Interpretation jener leges zu diesem Zwecke ausreichend war, die crimina extraordinaria das ganze spätere Strafrecht von Tiberius bis Justinian umfaßten. Auf der einen Seite gründeten sie sich auf die Rescripte der Kaiser, auf der anderen in der Praxis, weil sich ergab, daß namentlich die Pönalklagen nicht hinreichenden Schutz gewährten, da viele keine Strafe bezahlen konnten.[30]) So kam man dahin, daß beinahe sämmtliche delicta privata unter den Begriff der extraordinaria crimina fielen, indem sich der Regel nach nur die dürftigeren Klassen der Verbrechen wider das Eigenthum schuldig machen.[31]) Wahrscheinlich sind die specielleren Vorschriften über die dahin gehörigen Klagen in den Justinianeischen Sammlungen nur deßhalb aufgenommen, weil die

---

que multo difficilius in tanta turba hominum, necessitas ipsa curam reipublicae ad senatum deduxit. Ita coepit senatus se interponere et quidquid constituisset observabatur, idque jus appellabatur senatusconsultum. l. 2. §. 9. D. 1. 2. de origine juris. Vergl. Tacitus Annal. Lib. I. cap. 15, der die Sache anders ansieht. Bachii hist. jurispr. Rom. Lib. III. cap. 1. §. 16. und 32.

[30]) Generaliter placet in legibus publicorum judiciorum vel privatorum criminum, qui extra ordinem cognoscunt praefecti vel praesides, ut qui poenam pecuniariam egentes eludunt, coercitionem extraordinariam indicant. l. 1. §. 3. D. 48. 19. de poenis.

[31]) Vergl. l. 94. D. 47. 2. de furtis; l. 45. D. 47. 10, de injuriis; l. 2. D. 47. 14. de abigeis; l. 2. D. 47. 20. stellionatus.

excerpirten älteren Schriftsteller diese Lehre nach dem früheren Recht behandelten. Ganz allgemein stellt es wenigstens schon Ulpian in die Wahl des Betheiligten, ob er wider den Thäter die Privatklage anstellen oder auf dessen extraordinäre Bestrafung antragen wolle.[32])

Der 11te Titel des 47sten Buches der Pandekten mit der Ueberschrift de extraordinariis criminibus enthält daher nur ergänzend die Fälle, welche in den anderen Titeln nicht erwähnt waren, ohne das Wesen der crimina extraordinaria zu erschöpfen. Die sämmtlichen, im 47sten Buche aufgeführten Verbrechen gehörten den criminibus extraordinariis insofern zu, als es auch gestattet war, das für gewöhnlich bei Verbrechen vorgeschriebene Verfahren eintreten zu lassen.

Es hatten auch, wie bereits früher erwähnt, die judicia publica ihre alte Form verloren, was Julius Paulus, der unter Alexander Severus 722 nach Christi Geburt praefectus praetorio war, ausdrücklich bezeugt,[33]) und es waren demnach nur die in den Gesetzen enthaltenen Strafen übrig geblieben, von denen abzuweichen indeß den Richtern gestattet war. So muß man nehmlich die ihnen ertheilte Befugniß verstehen, auch in solchen Fällen extra ordinem zu erkennen.[34])

[32]) Si quis actionem, quae ex maleficiis oritur, vult exequi, si quidem pecuniariter agere velit, ad jus ordinarium remittendus erit, in crimen subscribere. Enimvero si extra ordinem ejus rei poenam exercere velit, tunc subscribere eum in crimen opportebit. l. 3. D. 47. 1. de furtis.

[33]) Ordo exercendorum publicorum judiciorum capitalium in usu esse desiit, durante tamen poena legum cum extra ordinem crimina probantur. l. 8. D. 48. 1. de publicis judiciis.

[34]) An ad eos, qui hodie de judiciis publicis extra ordinem cognoscunt, senatusconsultum pertineat? quaeritur. Sed

Was die Strafen der verschiedenen Verbrechen anlangt, so waren sie zum Theil bestimmt, zum Theil nicht bestimmt und blieben alsdann dem Richter unter Befolgung gewisser allgemeiner Regeln überlassen. Letzteres, die willkührliche Bestrafung, fand der Regel nach in allen den Fällen Anwendung, in welchen auf außerordentliche Strafe erkannt war.[35]) Diese allgemeinen Regeln finden sich in den verschiedenen Titeln zerstreut, waren indeß bei einer Zusammenstellung wohl im Stande, die Unterlage eines vollständigen Strafcodex zu bilden.[36])

Ueberhaupt ist auch bei dem Strafrecht die Feinheit der römischen Jurisprudenz nicht zu verkennen, und ein aufmerksameres Studium so wie größere Berücksichtigung bei der Gesetzgebung würde vielen Zweifeln in neueren Gesetzbüchern vorgebeugt haben.[37])

Da die Strafe mehrentheils poena arbitraria war, so bedurfte es bestimmter Vorschriften über die Strafmilderung nicht, von welcher sich daher nur wenige Beispiele finden, wiewohl die Richter allgemein zur Milde aufgefordert waren.[38]) Leichtere Fälle konnten dieselben so-

jam hoc jure ex sacris constitutionibus utimur, ut pertineat, ita ut ex singulis causis singulae poenae irrogentur l. 15. §. 1. D. 48. 16. ad senatusconsultum Turpillianum.

[35]) Hodie licet ei, qui extra ordinem de crimine cognoscit, quam vult sententiam ferre, vel graviorem vel leviorem, ita tamen, ut in utroque modo rationem non excedat. l. 13. §. 3. D. 48. 19. de poenis.

[36]) Vergl. l. 22. D. 48. 2. de accusat. et inscriptionibus l. 14. D. 48. 8. ad legem Juliam de vi privata l. 1. §. 17. D. 48. 18. de quaestionibus l. 1. 5. 16. 18. 20. l. 28. §. 16. l. 42. D. 48. 19. de poenis.

[37]) Vergl. z. B. l. 13. und 14. D. 48. 3. über die Befreiung gefangener Personen.

[38]) l. 11. 42. D. 48. 19. de poenis.

gleich de plano abmachen, und den Angeschuldigten lossprechen oder verurtheilen.[39]) Demnach ergeben sich folgende Resultate.

Die Lehre von den publicis judiciis enthielt das ältere Recht, wie es zur Zeit der allmäligen Auflösung der Verfassung der Republik bestanden hatte, mit den Erläuterungen der Interpretation.

Die extraordinaria crimina umfaßten das neuere Kriminalrecht, wie es sich während der Herrschaft der Imperatoren von Tiberius ab entwickelte.

Eine cognitio extraordinaria war eine solche, welche auf letztere fußte, oder aus einer begründeten Ursache von den Vorschriften der legum publicorum judiciorum abwich.

Die poena extraordinaria war, da die crimina extraordinaria zum großen Theil aus dem Gerichtsgebrauch hervorgegangen waren, meistens willkührlich und mit Beobachtung der allgemeinen Vorschriften der vernünftigen Bestimmung der Rechte überlassen.[40])

III.

Ueber poena ordinaria, extraordinaria und arbitraria nach gemeinem Recht.

Wenn man sich zunächst dem deutschen Rechte zuwendet, so läßt sich ein langer Zeitraum übergehen, in

---

[39]) Levia crimina audire et discutere de plano Proconsulem opportet, et vel liberare eos quibus objiciuntur, vel fustibus castigare, vel flagellis servos verberare. l. 6. D. 48. 2. de accusationibus et inscriptionibus. Die Vorschriften über die Grade und Arten der Strafe finden sich in dem Titel de poenis.

[40]) Respiciendum est judicanti, ne quid aut durius aut remissius constituatur quam causa deposcit.

welchem die deutschen Völker noch in ihrer Entwickelung begriffen waren. Fast genau ein Jahrtausend nach der Justinianeischen Gesetzgebung erschien 1532 nach Christi Geburt die peinliche Gerichtsordnung Carls V., welche für das spätere Recht maßgebend wurde.[1]) Die veränderte Denk- und Lebensweise hatte auch auf das Kriminalrecht Einfluß gehabt; neue Verbrechen waren erstanden, ältere so gut wie verschwunden und an die Stelle des römischen Accusationsverfahrens war das dem deutschen Volkscharakter angemessenere Inquisitionsverfahren getreten, und in der peinlichen Halsgerichtsordnung bestätigt.[2])

In Folge dessen und der Abschaffung mehrerer Beweismittel, als des Zweikampfs und der Ordalien, hatte auch die Tortur eine viel größere Ausdehnung gewonnen, als sie ehemals gehabt hatte. Dem 18ten, sogenannten philosophischen Jahrhundert blieb es vorbehalten, hier lindernd einzuschreiten, Zweifel gegen die Wirksamkeit zu strenger Strafen zu erregen und es fühlbar zu machen, daß die Philosophie, eine Schwester des Rechts, diesem zur Lei-

[1]) Vom Jahre 1495 ab war schon Maximilian I. für die Verbesserung des Kriminalwesens thätig, und sie kam in den Reichstagen von 1498 und 1500 zur Sprache. Im Jahre 1507 wurde von dem Bischof Georg zu Bamberg die von Johannes v. Schwarzenberg entworfene Bambergsche Halsgerichtsordnung eingeführt. Schwarzenberg trat später in Brandenburgsche Dienste und unter den Markgrafen Georg und Casimir wurde die nach ersterer entworfene Brandenburgsche Halsgerichtsordnung promulgirt. Nachdem die Sache auf den Reichstagen von 1521 und 1529 abermals verhandelt war, kam sie endlich 1532 auf dem Reichstage zu Regensburg zu Stande.

[2]) Peinliche Gerichtsordnung art. 6. Vergl. Heineccius elementa jur. Germanici editio nova. Lib. III. lit. 9. §. 345. u. 347. welcher der Abneigung der Deutschen zu Anklagen erwähnt, und hinzufügt: ipsam necessitatem subegisse judices, ut, vel ex officio facinerosos homines persequerentur, vel eosdem per procuratores fisci accusandos curarent.

tung unentbehrlich sey.[3]) Wie aber der menschliche Geist sich leicht in Extreme verliert, wenn gegenwärtige Uebel ihn treiben, so gelangte man am Schluße des Jahrhunderts zu einer fast übertriebenen Milde.

Die Religionsstreitigkeiten, welche unter Carl V. ihren Anfang nahmen, und fortwährend ganz Deutschland bewegten, bis sie in langdauernde Feindseligkeiten übergingen, konnten nicht geeignet seyn, die selbstständige Entwikkelung des Rechts zu befördern. Lange Zeit hindurch blieb daher das im Jahre 1635 erschienene Werk des Benedictus Carpzow: Practica nova imperialis Saxonica rerum criminalium das einzige, welches einen entscheidenden Einfluß auf die deutschen Gerichtshöfe übte.

Das erste systematische Lehrbuch, welches über die Strafrechtswissenschaft erschien, war von Carl Wilhelm Gärtner 1729, und ihm folgten Kemmerich, v. Böhmer und Engau.[4]) Später wuchs deren Zahl in einem außerordentlichem Grade, und es wurde, da jeder akademische Lehrer die Aufstellung eines neuen Systems zur Begründung seines Rufes für nöthig hielt, der jedesmalige Zustand der Philosophie in die Strafrechtswissenschaft übergetragen, in welcher Hinsicht der Einfluß der Wolfschen und Kantischen Schule auf viele Bearbeitungen unverkennbar ist.[5]) Auch kam es in Betracht, daß sich, als die

---

[3]) Friedrich de Böhmer in den meditationes zur peinlichen Gerichtsordnung Art. 109. §. 2. wagt es noch nicht sich bestimmt über das Verbrechen der Zauberei auszusprechen. Koch instit. jur. crim. edit. 9. 1781 sagt nur Hodie quid de magia statuas, fere periculosum videtur. Merkwürdig ist das Alter dieses Verbrechens, über das sich schon in den 12 Tafelgesetzen Bestimmungen finden.

[4]) Henke Grundriß einer Geschichte des deutschen peinlichen Rechts. S. 306 und folg.

[5]) Henke Grundriß rc. S. 340 und 363. Auch das allgemeine

Universitäten die Befugniß Recht zu sprechen verloren, die Trennung der Wissenschaft von ihrer Ausübung durch Verwaltung eines richterlichen Amtes beträchtlich vermehrte, was der praktischen Brauchbarkeit jener Arbeiten großen Eintrag that.

Da in dieser Darstellung dem preußischen Recht eine besondere Rücksicht gewidmet ist, so waren bei derselben diejenigen Werke zum Grunde zu legen, welche den damaligen Zustand des Rechtes bezeichneten, und von der Redaktion hauptsächlich benutzt wurden.

Wenn irgend ein Werk auf dieselbe einen wesentlichen Einfluß übte, so sind dies

I. die institutiones juris criminalis des Johann Christoph Koch, Professors zu Gießen, von denen die erste Ausgabe 1758, die neunte 1791 erschien.

Es näherte sich dieses Werk in der Kürze und Bestimmtheit seiner Sätze den Anforderungen, welche man an ein Gesetzbuch machen konnte, und diese Fassung entschied, in Verbindung mit einer zweckmäßigen Anordnung und größerer Vollständigkeit, seine praktische Brauchbarkeit und sein lange Zeit hindurch bewährtes Ansehen in den Gerichtshöfen. Man kann bei einer genaueren Vergleichung nicht daran zweifeln, daß den Redaktoren des preußischen Kriminalrechts das Kochsche Handbuch vorgelegen hatte, und von ihnen, namentlich in den einleitenden Bestimmungen, zu Rathe gezogen worden war.

So correspondiren:

Landrecht hielt sich von diesen Einflüssen nicht frei. So beruhte z. B. die Lehre von dem titulus und modus acquirendi Th. I. tit. 9. auf der Wolfschen Philosophie, wonach jedes existirende Ding einen Grund der Möglichkeit und einen Grund der Wirklichkeit haben sollte.

§. 9.	des preuß.	Kriminalrechts	mit	Koch	§. 78.
§. 16.	=	=	=	=	§. 36.
§. 18.	=	=	=	=	§. 63. a.
§. 23.	=	=	=	=	§. 56.
§. 24.	=	=	=	=	§. 57.
§. 25.	=	=	=	=	§. 58.
§. 31.	=	=	=	=	§. 84.
§. 33.	=	=	=	=	§. 86.
§. 39.	=	=	=	=	§. 88.
§. 43.	=	=	=	=	§. 89. Anm. 1.
§. 46.	=	=	=	=	§. 156.
§. 54.	=	=	=	=	§. 164.
§. 64.	=	=	=	=	§. 82.
§. 66.	=	=	=	=	§. 64.
§. 71. 72.	=	=	=	=	§. 44.
§. 86.	=	=	=	=	§. 91.

wie von denjenigen, welche eine nähere Vergleichung anzustellen geneigt sind, selbst ermessen werden kann. [6])

II. Johann Samuel Friedrich v. Böhmer, meditationes in constitutionem criminalem Carolinam erschienen 1770,

ein Werk voll tiefer Gelehrsamkeit und vieler Geschäftskunde.

---

[6]) Die §§. 56. 57. und 58. in den Kochschen Institutionen lauten:

§. 56. Quo plura quis motiva intrinseca ad delictum non perpetrandum habuit, eo major est gradus moralitatis.

§. 57. Quo major ergo est lex delicto violata, eo majus est delictum.

§. 58. Itaque quo majora mala ex delicto propullulant, eo etiam major est gradus moralitatis.

Es ist unmöglich, daß diese Aehnlichkeit auf bloßem Zufall beruhen sollte.

Namentlich liegen ihm zum Grunde: der §. 22. des preußischen Kriminalrechts von Verbrechen im Zustande der Trunkenheit,[7]) die daselbst in den §§. 40. 41. und 42. gemachte Unterscheidung in conatus proximus, proximior und remotus,[8]) welche er mit Beispielen erläutert, die Vorschriften über die Theilnahme an Verbrechen durch Auftrag und durch Ueberredung,[9]) so wie die Vorschriften über die allgemeine Pflicht zur Verhinderung der Verbrechen §. 80. sqq.[10]) Zu den Schriftstellern, die man besonders zu Rathe zog, gehörte ferner auch:

III. Johann Christian Quistorp, in seinen Grundsätzen des deutschen peinlichen Rechts, erste Ausgabe 1770, dritte 1783;

das erste ausführliche System in vaterländischer Sprache, zu dessen Verbreitung die mit großer literarischer Kenntniß verbundene klare und übersichtliche Darstellung besonders beitrug.

Der §. 32. des preußischen Kriminalrechts beruhet auf der Darstellung, welche Quistorp im §. 35. vom dolus

---

7) de Böhmer ad art. 179. §. 10.

8) de Böhmer ad art. 131. §. 38. z. B. zu §. 40. des allgemeinen Landrechts. Denique sub ultimo (sc. conatu) intelligo ejusmodi letiferam vulnerationem, qua reus, quantum in ipso fuit, et ad consumandum delictum necessarium putavit, egit, ast mero fato impeditus id vere non perfecit.

9) de Böhmer ad art. 177. §. 3. und 4. zu §. 67. sqq. und §. 76. des preußischen Kriminalrechts.

10) de Böhmer ad art. 177. §. 7. zu §. 80. des preußischen Kriminalrechts. Qui non impediunt nec pereclitanti opem ferunt, influere in crimen quod prohibere poterant, dubio caret, desgl. ibid. §. 9. zu §. 83. Ejusdem sortis, sunt, qui ex post facto de quaestu illicito participant, qui ad damnum per furtum vel rapinam datum tantum concurrunt, sed facinoris commissi autores non sunt, consequenter aliquam animadversionem non effugiunt.

indirectus gab,[11]) und die §§. 28. sqq. so wie der §. 36. des Kriminalrechts beziehen sich auf das, was Quistorp von den Verbrechen aus Nachläßigkeit und von den zufälligen Verbrechen sagte.[12]) Nicht unberücksichtigt ist derselbe ferner bei dem §. 44. von der Strafbarkeit der Drohungen geblieben.[13])

Hauptsächlich scheinen mehrere Aenderungen des Entwurfs unter Berücksichtigung der Quistorpschen Meinungen vorgenommen zu seyn, worauf später bei den einzelnen Abschnitten zurückzukommen ist. Was

IV. Die principia juris criminalis Germanici communis von Georg Jacobus Friederich Meister

anlangt, so waren sie in ihrer Umgestaltung erst 1789 erschienen, und bei der Redaktion des preußischen Kriminalrechts nicht benutzt, da dessen wesentliche Bearbeitung schon 1786 vollendet war.[14]) Auch findet sich dieses mit besonderer Rücksicht auf das hannoversche Landrecht bearbeitete Werk seltner als die übrigen in den älteren preußischen Erkenntnissen angeführt.

Im Jahre 1795 erschienen

V. die Grundsätze des gemeinen deutschen peinlichen Rechts von Ernst Ferdinand Klein.

---

[11]) Quistorp §. 35. Wenn einer das Verbrechen nicht in dem Maße gewollt hat, wie es wirklich entstanden ist, so muß man dahin sehen, ob die Folgen, welche der Verbrecher nicht vorhergesehen hat, nothwendig mit dem Verbrechen verbunden waren, dergestalt, daß sie der Verbrecher, wo nicht wirklich vorhergesehen, doch wirklich vorhersehen können und müssen.

[12]) Vergleiche Quistorp §§. 36. und 37.

[13]) Quistorp §. 177.

[14]) Die Vorerinnerung zum Entwurf ist vom 30. März 1786 datirt.

Dieses erst nach der Publikation des allgemeinen Landrechts geschriebene Werk ist besonders nur deshalb wichtig, weil es von einem Manne herrührt, der an der Redaktion des Kriminalrechts den thätigsten Antheil genommen hatte. Das preußische Recht ist in demselben mit dem gemeinen Rechte auf eine lehrreiche Weise in Verbindung gebracht, die ergiebt, wie eng das eine mit dem anderen zusammenhing.

Was die übrigen Rechtslehrer anlangt, als Kleinschrod und Stelzer 1793, Stübel 1795, Carl Grolmann 1798, Feuerbach 1801,

so sind sie hier zu übergehen, da sie dem preußischen Rechte erst nachfolgten. Es mag dem unbefangenen Beurtheiler überlassen bleiben zu erwägen, ob die Kriminalrechtswissenschaft seit jener Zeit in der That jene Fortschritte gemacht hat, welche Neuere beobachtet haben wollen.[15]) Ein wichtiger Unterschied zwischen den neueren und älteren Schriftstellern liegt darin, daß früher Praktiker über Theorie schrieben, später aber, da den praktischen Juristen die Zeit zu wissenschaftlichen Studien beschränkt war, Theoretiker über die Praxis, welche sie oftmals nicht hinreichend gekannt haben.

Die peinliche Gerichtsordnung unterschied noch keine ordentliche und außerordentliche Strafe, dagegen ist dieser Unterschied bereits in Carpzow's practica nova rerum criminalium dem römischen Rechte nachgebildet. Ordentliche Strafen sind nach diesem solche, welche im Gesetz

---

[15]) Vergl. Henke Grundriß einer Geschichte des deutschen peinlichen Rechts 5te Periode S. 308 sqq., in welcher er den älteren Schriftstellern den Werth um deßhalb abspricht, weil das Bedürfniß, frei von den Banden des Positiven über Gegenstände des peinlichen Rechts zu philosophiren, damals noch nicht allgemein erwacht sey.

ausdrücklich vorgeschrieben sind, außerordentliche aber diejenigen, deren Bestimmung nach Umständen dem richterlichen Ermessen überlassen ist.[16]) Wenn auch dieser Begriff nach dem Obengesagten das Wesen der außerordentlichen Strafe nach römischem Rechte nicht erschöpft, so kommt er wenigstens der Bewandtniß der Sache ziemlich nahe, da in den Fällen einer außerordentlichen Bestrafung, diese, der Regel nach, der vernünftigen Beurtheilung anheim gegeben war.[17]) Uebrigens wurde diese Begriffsbestimmung von den späteren Juristen recipirt und lange beibehalten, bis es von Einigen für zweckmäßig gehalten wurde, die poena extraordinaria von der poena arbitraria durch besondere Merkmale zu sondern.

So sagt Koch über die Strafen und deren Eintheilung in den §§. 74. a. und b.:

Da die Strafe auf dem Gesetz beruht, so ist sie entweder dem Maß nach (specifice) bestimmt oder nicht, und im letzteren Fall ist sie entweder gar nicht bestimmt oder es sind mehrere bestimmt, von denen eine auszuwählen ist. Diese drei Fälle im Gesetz werden von einsichtsvollen Leuten unterschieden und es erscheint in Ermangelung besonderer Bezeichnungen angemessen, die durch ein Gesetz bestimmte Strafe, legalis sive legitima simpliciter talis, die alternative Strafe legalis sive legitima secundum quid talis, die aber

[16]) Ordinariae (poenae) dicuntur legibus expresse definitae et delictis indictae. Extraordinariae autem poenae arbitrio judicis commissae sunt, quae ex circumstantiis modo graviores, modo leviores infliguntur, judicis tamen arbitrium non ex opinione propria sed legibus et rationibus oportet esse moderatum. Carpzow pract. nova rer. crim. qu. 102. No. 17.

[17]) l. 13. D. 48. 19. de poenis. Vergl. ad II.

bloß dem Ermessen des Richters überlassene Strafe poena arbitraria zu nennen.

Die hier als poenae legales und arbitrariae bezeichneten Strafen nennen Einige auch ordinariae und extraordinariae, aber nach heutigem Recht wird eine ordentliche Strafe diejenige genannt, welche einen Verbrecher der Regel nach (regulariter) trifft, außerordentliche aber die, welche außer der Regel (extra ordinem) auferlegt wird, und entweder härter oder milder als die ordentliche Strafe ist.[18]) Sowohl die ordentliche als die außerordentliche Strafe kann legalis oder arbitraria seyn.

Was Koch unter der extra ordinem auferlegten Strafe verstand, führte er in den §. 83. sqq. weiter aus. Es konnte seiner Meinung nach die im Gesetz bestimmte höchste Strafe nur eintreten:

1) im Fall ein Verbrechen vorsätzlich verübt war, weßhalb er ihre Anwendung sowohl auf die des eigentlichen dolus für unfähig zu achtenden Personen, als auf diejenigen, welche ein Verbrechen aus Fahrläßigkeit begangen hatten, bestritt;[19])
2) wenn das Verbrechen vollendet (consummatum) war,[20]) außer welchem Falle er ebenfalls nur eine außerordentliche für anwendbar hielt, die bei dem de-

[18]) Vergl. institut. jur. crim. von Koch §. 103. poena capitalis qualificata und extraordinaria waren gleichbedeutend.

[19]) Si itaque delictum culpa commissum est, poena ordinaria locum non habet, sed pro vario culpae gradu a judice statuenda est poena extraordinaria.

[20]) Koch ist in den instit. jur. crim. §. 88. der Meinung, daß dies auch bei dem crimen perduellionis Anwendung finde, weil dieses consummatum sey, sobald die Verschwörung stattgefunden habe.

lictum inchoatum härter arbitrirt werden müßte als bei dem delictum attentatum.

Endlich bestritt er im Fall der nicht gehörigen Vollendung des Verbrechens die Anwendung der Capitalstrafe, selbst wenn der Verbrecher von seiner Seite (quantum in se fuit) Alles dazu Nöthige gethan habe.

Hieraus geht hervor, daß Koch zwischen poena extraordinaria und arbitraria noch einen Unterschied zuließ, und den Begriff der ersteren unabhängig vom römischen Recht festsetzte, wiewohl er zugab, daß die poena extraordinaria meistentheils auch poena arbitraria sey.

Was die meditationes in constitutionem criminalem Carolinam anlangt, so brachte die Einrichtung dieses Werkes, welches sich an die einzelnen Artikel der peinlichen Gerichtsordnung anschloß, es mit sich, daß in demselben das Verhältniß der poena extraordinaria und poena arbitraria nicht näher entwickelt werden konnte. Böhmer war zwar der Meinung, daß es keine Strafe geben könne, welche auf unveränderlichem Gesetz beruhend, das richterliche arbitrium völlig ausschließe, da oft ein geringer Umstand die Handlung und die Anwendung des Gesetzes bestimme,[21]) lehnte sich aber zugleich gegen die gewöhnliche Meinung auf, daß die poena extraordinaria ihrer Natur nach reine poena arbitraria sey, indem zwar keine Strafe das richterliche Ermessen ausschließe, die eigentliche poena arbitraria aber in der Halsgerichtsordnung immer durch die Clausel

---

[21]) de Böhmer meditat. in constitut. crim. Carol. ad art. 105. §. 3.

nach Ermessen des Richters; nach Gestalt und Gelegenheit der Sachen

bezeichnet werde. [22])

Quistorp sagt in den Grundsätzen des deutschen peinlichen Rechts §. 72. über die Eintheilung in poena ordinaria, extraordinaria und arbitraria nur kurz:

daß die Strafen entweder in den Gesetzen ausdrücklich bestimmt, oder dem Ermessen des Richters überlassen seyn, und daß man die erstere Art der Strafen ordentliche oder gesetzliche, die andere Art außerordentliche oder willkührliche nenne.

Zugleich fügt er in einer Note mit Bezug auf Koch institut. jur. crim. hinzu:

daß man außerordentliche Strafen auch besonders diejenigen zu nennen pflege, auf welche erkannt werde, wenn die gesetzliche Strafe wegen der vorhandenen Milderungsgründe keine Anwendung finden könne.

Meister unterscheidet in den principiis juris criminalis im Gegensatz von Quistorp zwischen außerordentlicher und arbiträrer Strafe. Arbiträre Strafen sind nach ihm solche, deren Bestimmung nach Lage der Sache dem richterlichen Ermessen überlassen ist, außerordentliche aber solche, die von der in thesi bestimmten Strafe aus hinlänglichem Grunde abweichen und sowohl eine Schärfung als eine Milderung enthalten können, wiewohl man nur die gelindere Strafe poena extraordinaria im eigentlichen Sinne zu nennen pflege. [23])

---

22) de Böhmer meditat. in constitut. crim. Carol. ad art. 105. §. 7.

23) Geo. Jac. Frid. Meister principia jur. criminalis Germaniae communis editio VI. 1789.

Klein sagt in seinen Grundsätzen des gemeinen deutschen peinlichen Rechts §§. 79—81. über diese Eintheilung folgendes:

Die im Gesetz bestimmte Strafe eines Verbrechens heißt die ordentliche oder gesetzliche. Wenn eine andere als diese bestimmt wird, so wird diese eine außerordentliche genannt. Eine außerordentliche Strafe im engeren Sinne heißt die, welche gelinder ist, als das Gesetz verordnet. Ist die Strafe auch nicht im Verhältniß gegen die gesetzliche bestimmt, so wird sie willkührlich genannt.

Außerordentliche Strafen im engeren Sinne setzen voraus, daß eine von den Bedingungen der ordentlichen mangelt. Sie dürfen also nicht das im Gesetz bestimmte Hauptübel enthalten, wofern dies nicht auch Bestandtheil derjenigen Strafe ist, welche das in der Haupthandlung enthaltene geringere Verbrechen trifft. Da nun bei jeder Todesstrafe der Tod das Hauptübel ist, so darf die außerordentlche Strafe keine Todesstrafe in sich fassen. Eine gleiche Bewandniß hat es mit der Ehrlosigkeit.

Außerordentliche Strafen im weiteren Sinne, wodurch der gesetzlichen noch ein Uebel beigefügt wird, um dadurch die Strafe zu erhöhen, werden verschärfte Strafen im eigentlichen Sinne genannt.

Härtere Strafen, wodurch aber die Gattung der Strafe selbst verändert wird, müssen davon unterschieden werden.

Es ergiebt sich aus dem Angeführten, daß auch das Urtheil der vorgenannten Schriftsteller keinesweges übereinstimmte. Quistorp und Klein bezeichnen die ordent-

liche Strafe als eine solche, die im Gesetz bestimmt sey, Koch dagegen sagt, daß so diejenige Strafe genannt werde, welche regulariter auf das Verbrechen Anwendung finde. Es gab nehmlich mehrere Fälle, in denen die Praxis entschieden von der peinlichen Gerichtsordnung Kaiser Karls V. abwich,[24]) und hierauf wollte Koch durch den Ausdruck regulariter aufmerksam machen. Klein erläutert dies in einer Anmerkung zum §. 79. dahin,

> daß unter Gesetz auch Gewohnheit, Herkommen und Observanz verstanden werden müßten, insofern sie fest bestimmt seyn,

und dasselbe will Meister mit dem Ausdrucke jus in thesi zu verstehen geben.

Eine wichtigere Verschiedenheit lag aber darin, daß man nicht darüber einig werden konnte, was eigentlich poena extraordinaria sey.

Koch definirt sie als diejenige, quae extra ordinem imponitur, und hiernach würde sie alle Fälle, in welchen wegen obwaltender Verschärfungs- oder Milderungsgründe eine Abweichung von der gesetzlichen Strafe statthaft war, umfaßt haben. Dies war indeß seine Ansicht nicht und er entwickelte diese durch genauere Bestimmung der ordentlichen Strafe in den §§. 83—90. Hier sagt er

---

[24]) Vergl. Quistorps Grundsätze des deutschen peinlichen Rechts §§. 24. und 77., so wie die Vorrede zur peinlichen Gerichtsordnung. Dasselbe sagt schon Carpzow in der praefatio ad pract. nov. rerum crimin., nehmlich: Et cum plerique criminalistae scripta sua ad cujusque loci et provinciae mores accomodarint, quibus etiam in imperio Romano Germanico per nemesin Carolinam nil quicquam detractum aut derogatum fuit etc. In mehreren Fällen z. B. bei Diebstählen, war die sächsische Praxis strenger. Große Verschiedenheit bestand bei Bestrafung des Ehebruchs. Koch inst. jur. crim. §. 311.

§. 83. Poena quam lex determinavit maxima illius criminis censenda est.

§. 84. Si itaque poena lege determinata locum sibi vindicare vult, delictum illud dolo commissum opportet.

§. 89. in princ. Poena lege in delictum statuta regulariter requirit ut delictum sit consummatum.

Hieraus leitet er ab, daß außerordentliche Strafe zur Anwendung komme:

1) bei allen Verbrechen aus Fahrlässigkeit, delicta culpa commissa;

2) in allen Fällen, wenn Verbrechen von Personen verübt sind, die des dolus nicht für fähig erachtet werden;

3) in allen Fällen, in welchen das Verbrechen nicht vollendet ist, also Strafe des Conats.

In diesen drei Fällen hält Koch die ordentliche Strafe nicht für verwirkt, und er trennt davon diejenigen, in welchen die Strafe seiner Meinung nach zwar verwirkt ist, aber aus zulässigen Gründen gemildert wird.

Böhmer giebt nur an, in welchen Fällen jetzt von den Gerichtshöfen poena extraordinaria erkannt werde,[25]) wobei er gelegentlich auf die Unbestimmtheit der Begriffe darüber aufmerksam macht,[26]) und überhaupt den Rech-

---

[25]) de Böhmer medit. in const. crim. Carol. ad art. 22. §. 6. et ad art. 178. §. 12.

[26]) de Böhmer ib. ad art. 105. §. 7. Neque enim video, cur in poenis extraordinariis, si earum determinatio manifesta est, singulare quid reconditum, ob quod a regula, quam in capitalibus probant, recedendum sit. Certe communis ratio, quod poenae extraordinariae *sua natura* arbitrariae sint, in mero et fallaci praejudicio consistit. Böhmer legt das Gewicht auf sua

ten rücksichtlich der Erschwerungs- und Milderungsgründe vor der mißbräuchlichen Ueberschreitung eines vernünftigen arbitrii warnt.

Eine andere Meinung als Koch hat Quistorp, welcher außerordentliche und arbiträre Strafen gleichstellt. In der Anmerkung zum §. 72. ist Koch indeß nicht richtig verstanden, wohl aber würde dieselbe auf Meister und auf Klein Anwendung gefunden haben, welche der außerordentlichen Strafe auch diejenige beizählen, auf die erkannt wurde, wenn die ordentliche Strafe wegen vorhandener Milderungsgründe ausgeschlossen blieb.

Die Praxis hatte sich offenbar der auf Karpzows Autorität beruhenden Ansicht von Quistorp angeschlossen, und man pflegte in den Erkenntnissen jede Strafe, die aus irgend einem Grunde von der ordentlichen abwich, zwar als außerordentliche, aber zugleich als poena arbitraria oder willkührliche Strafe anzusehen. Dies geschah auch von den preußischen Gerichtshöfen, und poena extraordinaria und arbitraria galten, wie vielfache Beispiele beweisen, als synonyma.[27])

Im Grunde hat dieser Zwiespalt der Meinungen keine erhebliche Folgen für die Ausübung des Rechts gehabt. Man war darin einig, daß in gewissen Fällen die ordentliche im Gesetz bestimmte Strafe keine Anwendung leide, und nannte diese Strafe die außerordentliche; — man war ferner übereingekommen, daß wegen hinzutretender anderer

---

natura, und seine Meinung ergiebt sich erst aus Vergleichung mit dem §. 3. zu demselben Artikel.

[27]) Vergl. Klein Annalen der Gesetzgebung und Rechtsgelehrsamkeit in den preußischen Staaten. Bd. VI. S. 197 in causa wider Rosina Sophie Schneider.

Umstände die ordentliche Strafe ausgeschlossen bleiben könne, und nannte diese Erschwerungs- und Milderungsgründe; — man fand endlich für andere Fälle keine auf ein gewisses Maß begrenzte Strafe festgesetzt, und dagegen die ausdrückliche oder stillschweigende Verordnung, daß es dem Richter überlassen bleibe, die Strafe nach den Umständen und nach vernünftiger Beurtheilung zu bestimmen, und bezeichnete das mit dem Ausdruck arbiträre Strafe. In gewissem Betracht war daher jede poena extraordinaria, exasperata und mitigata auch eine poena arbitraria, da in allen Fällen, sowohl auf- als niederwärts, das Maß durch den Richter supplirt werden mußte, wie dies auch Böhmer selbst an dem Orte, an welchem er sich nachdrücklich gegen die licentiöse Jurisprudenz auflehnt, mit bestimmten Worten anerkennt.

Sehr bemerkenswerth bleibt der Einfluß der Praxis, durch die sich fast ohne Hülfe der Gesetze die außerordentliche Strafe in ähnlicher Weise ausbildete, wie im römischen Recht. Der Unterschied beruhete nur darin, daß sie im letzteren die zu gelinden Strafen allmälig steigerte, im deutschen Recht aber die zu strengen Strafen nach und nach herabdrückte. Man muß in der That die Weisheit der göttlichen Einrichtung bewundern, die sich auch in der geistigen Sphäre darin zeigt, daß, wenn gewisse Institutionen nicht mehr passen, wenn die Leitung selbst eine falsche Richtung genommen hat, eine gesunde Constitution den Krankheitsstoff auszuscheiden und den richtigen Zustand wieder herzustellen strebt.

Was insbesondere die Erschwerungs- und Milderungsgründe anlangt, so erwähnt schon die Carolina mehrerer Fälle, in denen eine Schärfung der Strafe eintreten soll

z. B. in den Artikeln 124, 130, 131, 137, so wie anderer, in welchen sie gestattet, von der bestimmten Strenge der Strafen abzugehen, z. B. in den Artikeln 109, 112, 159, 160, 164, 175, 179. In eine förmliche Theorie brachten dies erst die Gerichte und die Rechtslehrer, jedoch nicht ohne Widerspruch von Seiten neuerer Criminalisten, die von bestimmten Grundsätzen ausgehen.[28])

Die angenommene Meinung war:

Die poena ordinaria setze gewisse Bedingungen voraus, unter denen sie eintreten müsse, und der Gesetzgeber wolle sie nicht angewendet haben, wenn diese Bedingungen nicht vorhanden seyn. Der Richter müsse auf den Grund des Gesetzes zurückgehen und die Strafe so vermehren oder vermindern, daß sie der Absicht des Gesetzes entspreche.

Man suchte nun die Fälle auf, in welchen die vermeintliche Absicht des Gesetzgebers ausgeschlossen werde, gelangte aber zu keiner völligen Uebereinstimmung. Als Erschwerungsgründe nahm man gewöhnlich an:

mehrmalige Wiederholung,
lange und sorgfältige Ueberlegung,
grausame Ausführung,
besondere Pflichten des Verbrechers gegen den Beschädigten,
Größe des Schadens.

In einem höheren Grade wuchs aber die Anzahl der Milderungsgründe an, und es läßt sich besonders hier das

---

[28]) z. B. Feuerbach Lehrbuch des gemeinen peinlichen Rechts 10te Ausgabe §. 95., dem die Verschärfung seiner Strafe zu der psychologischen Zwangstheorie nicht paßte. Alle älteren Kriminalisten sind, wie er selbst anerkennt, dagegen.

Streben der Jurisprudenz, die harten Strafen zu mindern, nicht verkennen.

Die Art und Weise, in welcher die Verschärfung und Milderung gehandhabt wurde, blieb richterlichem Ermessen überlassen, doch mußte sie sich der ordentlichen Strafe anschließen. Nur bei den Verschärfungsgründen galt der allgemeine Grundsatz:

daß nicht das eigentliche genus der im Gesetz bestimmten Strafe geändert werden dürfe.

Die poena arbitraria war diejenige Strafe, welche eintrat:

1) wenn das Gesetz die Wahl der Strafe dem richterlichen Ermessen überlassen hatte, wie durch den Zusatz: „nach Ermessen des Richters, nach Gestalt und Gelegenheit der Sachen," art. 109, 111, 114, 123, 150, 157, 169, 218. der peinlichen Gerichtsordnung;
2) wenn ferner das Gesetz die Strafe eines Verbrechens nicht bestimmt hatte, wie in dem art. 105. der peinlichen Gerichtsordnung;
3) wenn dem Richter gestattet war, unter mehreren Strafen eine auszuwählen, ohne daß ihm in dieser Beziehung bestimmte Grenzen gestellt waren, art. 123. und 169. der peinlichen Gerichtsordnung.

Die Betrachtung, daß es nicht möglich sey, alle verbrecherischen Handlungen zu klassifiziren, und im Voraus mit Strafen zu bedrohen, war in der peinlichen Gerichtsordnung selbst gegründet, welche im art. 105. ausdrücklich festgesetzt hatte:

Item ferner ist zu vermercken inn was peinlichen fellen oder verklagungen, die peinlichen Straff inn disen nachuolgenden artickeln nit gesetzt

oder genugsam erklert oder verstendig wer, sollen Richter und urtheyler (so es zu schulden kompt) radts pflegen, wie inn solchen zufelligen oder unverstendtlichen fellen unsern Keyserlichen rechten und diser unser ordnung am gemessigsten gehandelt und geurtheylt werden soll, und alsdann jre erkanntnufs darnach thun, Wann nit alle zufellige erkanntnufs und straff in diser unser ordnung genugsam mögen bedacht und beschriben werden.

Von demselben Standpunkt, den er mit Beispielen erläutert, geht auch Carpzow aus,[29]) und in der That fühlt man sich von der Richtigkeit dieser Ansicht durchdrungen, wenn man näher den Einfluß prüft, den verschiedene Verhältnisse auf die Gestaltung des Lebens üben, und wie namentlich die Staatsverfassung, die Sitten, der Grad der Bildung und die Lebensweise die Lehre von den verbrecherischen Handlungen auf mannigfaltige Weise modifiziren.

Unter den verschiedenen Verbrechen waren es besonders folgende, die arbiträre Strafe nach sich zogen:

1) der große gemeine erste und zweite Diebstahl, so wie der kleine gemeine erste und zweite Diebstahl;[30])

---

[29]) Carpzow practica nov. rer. crim. P. III. qu. N. 33. N. 32. In qua (sc. poena) irroganda judici discreto imcumbit omnes ac quasvis circumstantias accurate ponderare, ac probe perpendere, ita, ut nec severitatis nec clementiae laus affectetur, nec severiori aut leniori poena, quam par est, crimen extraordinarium coërceatur. In quo ipso tanto major judicis industria ac discretio requiritur, quanto minus regulā certā punitio extraordinariorum delictorum definiri potest, ob insignem atque multiplicem delictorum et circumstantiarum varietatem.

[30]) Koch institut. jur. crim. Bei mehreren kleinen, zugleich zur Anzeige kommenden Diebstählen fand Zusammenrechnung statt.

2) der Kirchendiebstahl, sacrilegium, bei minder erschwerenden Umständen;[31])
3) der Menschenraub, plagium;[32])
4) fornicatio, die wie das stuprum, in voluntaria und violenta eingetheilt wurde;[33])
5) stuprum nec violentum;
6) concubinatus;
7) der Ehebruch, adulterium, doch nur insofern es nicht eine bestimmte Praxis oder besondere Bestimmungen gab;
8) die Bigamie, bigamia;
9) injuria und famosum libellum, Pasquill;[34])
10) blasphemia mediata, die nicht unmittelbar gegen Gott gerichtet war;[35])
11) einige Arten der Zauberei, z. B. derjenige, welcher sich der Amulete und dergleichen Mittel bediente;[36])
12) Verwundungen;[37])
13) falsum und stellionatus, Betrug;[38])

Nach den Gewohnheiten der Sachsen stand auf den Diebstahl Todesstrafe. Vergl. Meister principia jur. crim. §. 211.

[31]) Peinliche Gerichtsordnung art. 174. doch soll inn solchen Kirchen rauber unnd diebstalen weniger barmherzigkeit beweist werden dann inn weltlichen diebstalen.

[32]) Koch instit. jur. §. 258. Es gab auch ein plagium litterarium, welches aber zum Diebstahl gerechnet wurde.

[33]) Koch instit. jur. crim. §. 270. Fast alle delicta carnis zogen arbiträre Strafe nach sich. Vergl. die §§. 291. 304. 311. 356. Meistens folgte man dem Gerichtsgebrauch, doch schwankte auch die Praxis bei der Bigamie, dem Incest, und der Entführung, raptus. Die sächsischen Gerichte waren strenger als die süddeutschen.

[34]) Koch institut. jur. crim. §§. 384. und 391.

[35]) ibid. §. 400.

[36]) ibid. §§. 415. und 417.

[37]) ibid. §. 427.

[38]) ibid. §. 538.

14) termini motio, Grenzverrückung;[39])
15) concussio;[40])
16) mehrere Arten von Münzverbrechen, delicta monetaria;[41])
17) vis publica und privata oder Gewaltthätigkeiten überhaupt. Der Unterschied zwischen beiden stammte aus dem römischen Recht, und war erstere eine mit Verletzung der gemeinen Sicherheit verübte Gewaltthätigkeit;[42])
18) die thätliche Beleidigung einer Person in einem öffentlichen Amte;[43])
19) violatio sepulcri vel patibuli (Leichendiebstahl);[44])
20) die Befreiung von Gefangenen;[45])
21) delicta ministrorum principis, insoweit sie nicht schon mit gemeinen Verbrechen verbunden sind;[46])
22) crimen repetundarum sive barattariae, Bestechung;[47])
23) crimen ambitus.[48])

Es umfassen schon diese des Beispiels wegen angeführten Fälle einen großen Theil des Strafrechts, und diese ungemein große Gewalt der Richter beruhte besonders dar-

---

[39]) ibid. §. 553.

[40]) ibid. §. 565.

[41]) ibid. §. 585.

[42]) ibid. §. 592. Dieses Verbrechen geht indeß häufig in andere über. Vergl. Klein Grundsätze des gemeinen deutschen peinlichen Rechts. §. 190.

[43]) Koch institutiones juris crim. §. 609.

[44]) ibid. §§. 612. und 613.

[45]) ibid. §. 614.

[46]) ibid. §. 632.

[47]) ibid. §. 636.

[48]) ibid. §. 642.

auf, daß die Ausübung der römischen Strafrechtspflege fast ganz auf deren Ermessen gegründet war, und die Bestimmungen des deutschen Rechts, wenn es dergleichen gab, in vielen Fällen zu den Sitten nicht stimmten. Daß also bei einer neuen Gesetzgebung Einschränkungen gemacht wurden, war ganz natürlich, und es finden sich daher auch im preußischen Recht in Betreff der meisten dieser Fälle feste Bestimmungen. Ein wichtiger Unterschied knüpfte sich jedoch nach gemeinem Recht insofern an die Handhabung der arbiträren Strafe, als es den Richtern bei deren Abmessung freistand, auf die Beschaffenheit und die Verhältnisse der Personen billige Rücksicht zu nehmen, so daß auf diese Weise auch die in einer gleichen Bestrafung liegende Verschiedenheit, welche durch den Satz ausgedrückt wurde:

„poenae sunt in hypothesi pares, in thesi impares"

ausgeglichen werden konnte.[49])

IV.

System des preußischen Kriminalrechts.

Es ist eine irrige Annahme, daß die angebliche Unvollkommenheit des preußischen Strafrechts dem Zeitalter seiner Entstehung zuzuschreiben sey. Gerade der Ausgang des 18ten Jahrhunderts wird, und zwar besonders für Deutschland, immer merkwürdig bleiben durch die große

---

[49]) Koch institutiones juris criminalis §§. 169. und 170. — Leyser specimen 1. med. 3. Im Grunde lassen sich, wie Leyser bemerkt, hierauf die scholastischen Eintheilungen der justitia in commutativa und distributiva, attributrix und expletrix, proportione geometrica und arithmetica zurückführen.

Anzahl ausgezeichneter Männer, durch das vereinte wissenschaftliche Streben und durch eine edle Unabhängigkeit der Gesinnung. Man muß es als eine Eigenthümlichkeit unserer Zeit betrachten, daß sie ihren Werth besonders überschätzt. Wenn in einigen, namentlich den Naturwissenschaften ungewöhnlich große Resultate erreicht sind, lag dies besonders darin, daß sich mehrere civilisirte Nationen in den Beobachtungen die Hände reichten, und von einem allgemeinen Wetteifer belebt wurden. Diese glücklichen Umstände fehlen bei denjenigen Wissenschaften, denen nicht natürliche, sondern geistige Gesetze zum Grunde liegen, die erst durch eine scharfe und dauernde Beobachtung mit Berücksichtigung vieler Nebenumstände gewonnen werden müssen.

Seit dem Erscheinen zweier berühmten Werke, dem esprit des lois von Montesquieu 1748 und der Lehre über Verbrechen und Strafen von Beccaria 1764,[1]) hatten sich eine Menge Kräfte der Kriminalrechtslehre zugewendet.

Schon im Jahre 1768 erschien mit Rücksicht auf Beccaria die Instruktion der russischen Kaiserin Catharina II. für die zur Fertigung des Entwurfs zu einem neuen Gesetzbuch verordnete Commission, ein würdiges Denkmal ihres hohen und erleuchteten Geistes.

Das preußische Kriminalrecht folgte erst beinahe 20 Jahre später, und hatte mithin sorgfältig gesammelte Erfahrungen und mehrere, sowohl durch Gelehrsamkeit als auch durch Geist und Humanität ausgezeichnete Werke, als:

---

[1]) Die erste Ausgabe des Werkes von Montesquieu erschien in zwei Quartbänden 1748 zu Genf ohne Namen des Verfassers und ohne Jahreszahl; sie folgten alsdann rasch aufeinander, die erste Ausgabe von Beccaria dei delitti e delle pene erschien 1764 zu Monaco. 8.

a) System der Gesetzgebung von Cajetan Filangieri, übersetzt von G. C. K. Link;[2])
b) Geist der deutschen Kriminalgesetze von Julius Graf v. Soden, 4 Bände, erste Ausgabe, Dessau 1782;
c) Geist der peinlichen Gesetze von Ernst Carl Wieland, 2 Bände, Leipzig 1783 und 1784,

zur Benutzung.

Aus diesen entlehnte es die allgemeinen Begriffe, und namentlich die im §. 7. aufgestellte Erklärung des Begriffes Verbrechen dahin:

daß derjenige ein Verbrechen begehe, welcher durch eine freie Handlung Jemanden widerrechtlich Schaden zufüge,

wogegen die praktischen Juristen, als Koch und de Böhmer das Verbrechen in die Uebertretung einer Strafbestimmung setzten.[3])

Auf diese Weise unterschied man ferner:

a) Sünde, als moralische Vergehung ohne Verletzung der Staatsglieder und ohne Uebetretung eines ausdrücklichen Strafgesetzes;
b) Polizeivergehungen, als Uebertretung eines ausdrücklichen Gesetzes, doch ohne spezielle Beeinträchtigung der Staatsglieder.[4])

---

[2]) Das Werk hieß Scienza della Legislazione und kam 1780 zu Neapel heraus; der dritte Band handelt von den peinlichen Gesetzen. Dieses Werk wurde zur Zeit der Redaktion des Entwurfes besonders geschätzt. Vergl. Klein's Annalen der Gesetzgebung u. s. w. Bd. IV. S. 327.

[3]) Koch institutiones juris criminalis §. 12. — de Böhmer elementa jurisprudentiae criminalis. Sectio I. §. 29. Mehr der neueren Theorie nähert sich aber schon Meister.

[4]) Vergl. über diese Unterscheidungen Hommel in seinen An-

Mit dieser Theorie stand die Eintheilung des preußischen Kriminalrechts in Verbindung in

I. Verbrechen gegen den Staat;

II. Privatverbrechen, die man wieder nach der Art der Beeinträchtigungen

a) in Beleidigungen der Ehre,

b) körperliche Verletzungen,

c) fleischliche Verbrechen,

d) Beleidigungen der Freiheit,

e) Beleidigungen des Vermögens [5])

eintheilte.

Die Verbrechen gegen die Keuschheit unter diese Rubrik zu stellen, hielt man mit Rücksicht auf deren schädliche Wirkungen in Betreff der Bevölkerung und der Moralität für unbedenklich. Viele Kriminalisten gingen in dieser Beziehung von strengeren, mit dem gemeinen Recht in Uebereinstimmung stehenden Ansichten aus, dagegen schlug Julius v. Soden gelindere Strafen vor, und hielt es überhaupt nicht für angemessen, die Fornication, besonders bei dem männlichen Geschlechte, zu strafen, sofern nicht die

---

merkungen zu der Leipziger Uebersetzung des Beccaria §. 7. S. 37. und §. 8. S. 42. Filangieri System der Gesetzgebung.
Deutlicher sind diese damaligen Ansichten ausgesprochen in Gmelin Grundsätze der Gesetzgebung über Verbrechen und Strafen, Tübingen 1785 §. 7. und 11. und Kleins Annalen der Gesetzgebung und Rechtsgelehrsamkeit u. s. w. Nachricht von den Schlosserschen Briefen Bd. 4. S. 351 sqq. Fast alle damaligen Kriminalpolitiker und so auch das preußische Recht folgten der Rousseauschen Theorie von dem Begriffe der Staaten. v. Soden Geist der Kriminalgesetze §. 1.

[5]) Das v. Gmelin in den Grundsätzen der Gesetzgebung §. 12. aufgestellte System stimmt ziemlich genau mit dem des preußischen Kriminalrechts. Sämmtliche auf diese Grundsätze gebauten Systeme müssen sich ähnlich sehen, wie auch die Werke von Filangieri und v. Soden beweisen.

Errichtung unter besonderer Aufsicht stehender Bordelle vorausgegangen sey. [6]) Es ist unbestreitbar, daß diese Ideen in dem preußischen Kriminalrecht rezipirt worden sind.

Schon Hugo Grotius, der damals als Quelle des Rechts weit mehr bekannt war als zu unserer Zeit, hielt nur die Bestrafung solcher Verbrechen für gerechtfertigt, welche direkt oder indirekt der menschlichen Gesellschaft überhaupt oder einem Mitmenschen schädlich sind. [7])

Die Definition des preußischen Kriminalrechts machte es für Jedermann klar, was eigentlich ein Verbrechen sey. Will man dagegen auf den allgemeineren und dem Gesetzgeber einen größeren Spielraum lassenden Begriff der Uebertretung eines Strafgesetzes zurückkommen, so muß man von der Voraussetzung ausgehen, daß ein Jeder das Strafgesetz kenne. Aber dies beruht auf einer bloßen Fiction, denn Jedermann weiß, daß dies nicht allein nicht der Fall, sondern, daß eine solche vollständige Kenntniß der Strafgesetze, wie man hier vermuthet, für die Masse der Nation, selbst bei einer einfachen Gesetzgebung, etwas Unmögliches ist. Daher wurde es sogar nothwendig für ein Strafgesetzbuch, welches nicht bloß für die Richter, sondern für das Volk gegeben war, andere Grundsätze aufzusuchen, die in Jedem das Gefühl des Unrechts erwecken können.

Schon Beccaria enthielt eine nähere Ausführung des Satzes, daß man besonders den Verbrechen zuvorkommen

---

[6]) v. Soden Geist der deutschen Kriminalgesetze Bd. 2. §. 216. Die Stellung dieser Art der Verbrechen ist in neuerer Zeit angegriffen, doch sind die Gründe, aus denen man das ganze sehr sorgfältig überdachte System gebildet hat, bisher sehr oberflächlich gewesen.

[7]) Hugo Grotius de jure belli et pacis T. II. Lib. 2. cap. 20. §. 20.

müsse. Außer der Einfachheit der Gesetze hielt er dafür hauptsächlich:

a) die erweiterte Einsicht der Nation,

b) die unverletzliche Handhabung der Gesetze,

c) die Ertheilung von Nationalbelohnungen,

d) eine zweckmäßige Erziehung

geeignet.[8]) Die späteren Kriminalpolitiker machten dies ebenfalls zum Gegenstand ihrer Untersuchungen, indem sie mit ihren Systemen eine nähere Darstellung der dem Staat zu Gebote stehenden Mittel verbanden.[9])

Das preußische Kriminalrecht machte mit den dahin gehörigen Grundsätzen im allgemeinen Theil den Anfang, und fügte im Speziellen bei jeder Art der Verbrechen einen Abschnitt über die Vorbeugung derselben bei. Der Entwurf enthielt in dieser Beziehung nur wenig spezielle Strafbestimmungen, sondern sprach größtentheils nur die allgemeinen Grundsätze aus, indem er der richterlichen Bestimmung oder besonderen Polizeiordnungen das Weitere überließ. Dagegen wurden bei der Revision, welche sich eine größere Detaillirung angelegen seyn ließ, eine Menge ins Einzelne gehender Vorschriften eingeschaltet, die indeß in vielen Fällen weniger zur Verhütung der Verbrechen als zur Erzeugung derselben beigetragen haben.[10])

---

[8]) Beccaria von Verbrechen und Strafen. Uebersetzung von Hommel §. 41. sqq.

[9]) v. Soden Geist der teutschen Kriminalgesetze Bd. I. §. 63. sqq. Die Menschenfreundlichkeit führte oft zu weit. So schlug v. Soden zur Verhütung des Kindermordes vor, armen Mädchen auf Kosten des Staats eine Aussteuer zu geben. Die Mittel des Staats würden bald unzureichend seyn, zumal wenn man erwägt, daß ein solches Gesetz eine offenbare Ermunterung zur Faulheit wäre. Vergl. v. Soden Bd. 2. §. 108.

[10]) Vergl. die Vorschriften über Vorbeugung des Kindermordes

Mit dem Namen System bezeichnete man aber besonders die Entwickelung der Rechtmäßigkeit der Strafe aus einem obersten Grundsatz. Das Streben, Alles auf einen letzten Grund der Rechtmäßigkeit zurückzuführen, war in einer Zeit zu Ende des vorigen Jahrhunderts sehr beliebt, wiewohl auch damals die schwachen Seiten solcher Untersuchungen nicht verkannt wurden. Ein Dichter, der zugleich Philosoph war, äußerte deshalb:

Jahre lang schon bedien' ich mich meiner Nase zum Riechen;
Hab ich denn wirklich an sie auch ein erweisliches Recht? [11])

Der praktische Sinn der Alten bewahrte sie vor solchen Verirrungen, und Cicero sagt bloß:

Nec domus ulla nec respublica stare potest, si in ea nec recte factis praemia exstent, nec supplicia peccatis. [12])

Den Grund fand er somit in der Nothwendigkeit, und von diesen schied man die Zwecke der Strafe, rücksichtlich deren Seneca sagt:

In vindicandis injuriis haec tria lex secuta est, quae princeps quoque sequi debet, ut aut eum, quem punit, emendet, aut ut poena ceteros meliores reddat, aut ut sublatis malis securiores ceteri vivant. [13])

Der Zweck der Besserung war auch im Justinianeischen Recht nicht übersehen, aus welchem von Paulus folgende Stelle excerpirt ist:

---

im Entwurf und im revidirten Kriminalrecht. Die Verheimlichung der Schwangerschaft wurde nach Filangieri Bd. 1. S. 115 schon durch ein Gesetz Heinrichs II. für strafbar erklärt. Das revidirte Landrecht untersagte z. B. den Schlossern die Anfertigung neuer Schlüssel ohne Vorwissen des Hauswirths.

[11]) Schillers Gedicht: die Philosophen.

[12]) Cicero de natura deorum.

[13]) Seneca de clementia cap. 22.

Si poena alicui irrogatur, receptum est commentitio jure, ne ad heredes transeat. Cujus rei illa ratio videtur, quod poena constituitur in emendationem hominum, quae mortuo eo, in quem constitui videtur, desinit.[14])

Das Gesetz erzwingt durch auf die Uebertretung gesetzte Strafen seine Befolgung als das einzige Mittel, was sich als wirksam erweist, und nur in der Regel:

Salus reipublicae suprema lex esto

kann der letzte Grund der Strafbestimmungen gefunden werden. Von diesem Gesichtspunkte aus heißt es auch im canonischen Recht:

Factae sunt autem leges, ut earum metu humana coërceatur audacia, tutaque sit inter improbos innocentia, et in ipsis improbis formidato supplicio refrenetur audacia et nocendi facultas.[15])

Von dieser Seite aus dachte sich auch Carpzow die Sache, wenn er sagt:

So wie durch die Strenge der Obrigkeit die Ordnung erhalten wird, die Sitten verbessert, und der Zügellosigkeit Schranken gesetzt werden, und wie durch die Zufügung von Strafen den Verbrechen Einhalt geschieht, so ist umgekehrt unbegründete Nachsicht eine Anreizung zu Verbrechen. Marcus Cato sagte aus diesem Grunde, daß eine Obrigkeit, die die Bösen nicht durch Strafen in Schranken halte, nicht geduldet werden dürfe, und unter der Regierung des

---

[14]) l. 20. D. 48. 19. de poenis.

[15]) Corpus juris canonicum. Decreti prima pars, distinctio IV. c. 1. Diese Stelle war auch in die lateinische Glosse zum Sachsenspiegel lib. II. art. 13. aufgenommen.

Nerva rief ein gewisser Frontius öffentlich aus: Allerdings sey es ein Uebel unter einer Regierung zu leben, die Niemand etwas erlaube, aber am Schlimmsten sey eine Regierung, die Alles erlaube.[16])

Das Verdienst der Neueren schwindet theilweis, wenn man erwägt, mit welchem Aufwande von Scharfsinn und Gelehrsamkeit Hugo Grotius im 17ten Jahrhundert die Natur der Strafe erörterte, so daß fast alle späteren Kriminalisten aus ihm zu schöpfen im Stande waren.[17]) Indem er die menschliche Gerechtigkeit mit der göttlichen in Verbindung brachte, enthält er gewissermaßen das einzige mögliche System, dem auch der schon angeführte Begriff der Verbrechen näher tritt, wogegen die Anhänger der übrigen aufgestellten Systeme mit den Zwecken der Strafe auf deren Grund zurückschließen. Das preußische Kriminalrecht folgte noch keinem bestimmten System, und wählte nur diejenige Art der Strafe, welche jenen Zwecken zu entsprechen schien. Der §. 24. des Entwurfs vom Jahre 1786 enthielt zwar eine Bestimmung der Art:

> Der Zweck der Strafen ist vorzüglich die Sicherheit des Staates und seiner Einwohner, zugleich aber auch die Besserung des Verbrechers durch Züchtigung der schädlichen Leidenschaft, welche ihn zu dem Verbrechen bewogen hat,

aber bei der späteren Revision wurde sie, um nicht zu Mißdeutungen Veranlassung zu geben, fortgelassen, und beinahe unbegreiflich bleibt es, wie man zu der Ansicht kommen

---

[16]) Carpzow practica nova rerum crim. Pars III. qu. 101.

[17]) Hugo Grotius de jure belli et pacis Tom. II. Lib. II. cap. 20.

konnte, daß dem preußischen Recht die Theorie der Abschreckung zum Grunde liege.[18])

Was hierbei jedoch vor Allem in Betracht kommt, ist, daß das preußische Kriminalrecht nicht beabsichtigte, ein Recht neu zu schaffen, sondern daß man sich im Gegentheil scheute, die Axt an die Wurzel der zur Gewohnheit gewordenen Lehren zu legen, und damit zugleich die Ehrfurcht vor dem Gesetz und dem Recht zu zerstören, die sich zu allen Zeiten wesentlich an seine Dauer knüpfte.

Die denkwürdige Cabinetsordre vom 14. September 1780, auf der die neuere preußische Gesetzgebung beruhte, verlangte keinesweges eine Umschaffung, sondern nur eine Bearbeitung des gültigen gemeinen Rechts in einer allgemein verständlichen Sprache mit Rücksicht auf gewisse Zwecke. Die Vorerinnerung zum Entwurfe vom 24. März 1784 hielt es der besonderen Erwähnung werth, daß das seit Jahrhunderten in den preußischen Staaten als ein subsidiarisches Recht aufgenommene corpus juris habe zum Grunde gelegt werden sollen.[19]) Die im Jahre 1791 aus des damaligen Kammergerichtsraths Klein eigener Feder geflossene kurze Nachricht von dem neuen preußischen

---

[18]) Es ist dies in einem in Hitzigs Zeitschrift für die Kriminalrechtspflege mitgetheilten Erkenntnisse ausgeführt. Nur die Anmerkung zum §.82. des Entwurfs äußert sich über die Abschreckung als Zweck der Strafe. Aber die Strafe hat viele Zwecke und es ist ein großer Unterschied zwischen einem Zweck und einer Theorie. Daher konnte diese Bemerkung sehr wohl neben dem §. 24. bestehen.

[19]) Die Cabinetsordre vom 14. April 1780 zeigt überall des hohen Verfassers klaren und durchdringenden Verstand. Dennoch verläßt man in neuerer Zeit den vorgezeichneten Weg, zumal in der Prozeßordnung. Wie einfach gestalten sich aber im Durchschnitt die schwierigen und wichtigen Separationsverhältnisse dadurch, daß sie sich den 1780 ausgesprochenen Grundsätzen nähern.

Gesetzbuch und von dem Verfahren bei der Ausarbeitung desselben bemerkte rücksichtlich der leitenden Grundsätze:

daß ein Mann von wahrer Weltkenntniß und Lebensweisheit philosophische Schwärmerei eben so fürchte als religiöse, und die Reformen auch im Fache der Gesetzgebung den Revolutionen allemal vorziehen werde,

und fügte mit besonderer Beziehung auf das Kriminalrecht hinzu:

Unsere Kriminalgesetze schreiben sich noch aus den Zeiten her, wo in dem Kampfe zwischen herrschender Barbarei und emporstrebender Aufklärung letztere in den Köpfen und Herzen derjenigen, auf welchen die gesetzgebende Gewalt beruhte, nur sehr wenig Raum gewonnen hatte. Zwar hatte bei der Anwendung dieser Gesetze auf die vorkommenden Fälle der Genius einer menschenfreundlicheren und sanfteren Philosophie schon manchen schönen Sieg über den blutdürstigen Geist jener älteren Gesetzgebung davon getragen, und die preußische Kriminalverfassung stand wegen des richtigen, billigen und gemäßigten Verhältnisses, welches sie zwischen Verbrechen und Strafen beobachtete, schon längst in wohlverdientem Rufe. Aber diese bessere Verfassung beruhete bloß auf wenigen über einzelne Materien ergangenen Verordnungen, auf Cabinetsordres und Marginalien, wodurch der hochselige König in der ersten Zeit seiner Regierung bei Gelegenheit einzelner Fälle seine Abneigung gegen die häufigen Todes- oder andere übertriebene harte Strafen geäußert hatte; besonders aber auch dem Gerichtsgebrauche unserer Criminalcollegien, von dem das Schwankende und Ungewisse jeder Observanz unzertrennbar war und

der, da er immer mit dem Buchstaben des Gesetzes im Widerspruch stand, zu sehr das Ansehen des Willkührlichen hatte, als daß eine weise und vorsichtige Gesetzgebung sich dabei, besonders in Angelegenheiten von solcher Wichtigkeit, noch länger hätte beruhigen können. Die alten Kriminalgesetze mußten daher ganz abgeschafft, die bisherige Observanz mußte mit gesetzlicher Sanction versehen, und dem in diesem Fache nie ganz auszuschließenden richterlichen Ermessen mußten zur möglichen Vermeidung des hier so gefährlichen Mißbrauchs wenigstens gewisse Schranken, über welche hinaus sich dasselbe nicht erstrecken könne, vorgezeichnet werden. [20])

Es muß dies Urtheil eines, bei der Gesetzgebung so wesentlich betheiligten und um die Kriminalrechtswissenschaft überhaupt verdienten, Mannes schon an und für sich entscheidend seyn. Es lassen sich aber auch überdies fast alle Bestimmungen aus dem gemeinen Recht und dem damaligen Gerichtsgebrauche nachweisen. Die Vorerinnerung zum Entwurf vom 24. März 1784, welche, leere Lobpreisungen und feile Schmeicheleien ausdrücklich verbittend, eine Prämie für die gründlichste Bearbeitung des Entwurfs bestimmte, wünschte besonders, daß das sachverständige Publicum sein Augenmerk auf die hin und wieder vorkommenden Abweichungen von den Dispositionen des römischen Rechtes richten möge. [21])

---

[20]) **Kleins** Annalen der Gesetzgebung und Rechtsgelehrsamkeit in den preußischen Staaten. Bd. 4. S. XXVI und XXXII.

[21]) Die Vorerinnerung zum dritten Theile des Entwurfs vom 30. März 1786 nimmt auf die erste Bezug und macht es unzweifelhaft, daß man unter dem römischen Recht das damalige gemeine Recht verstand.

Eine Interpretation mit Hülfe des gemeinen Rechts würde daher den meisten Zweifeln vorgebeugt haben, doch blieb gerade diese vernachlässigt, und man stellte sogar das Bedenken auf, ob dem preußischen Richter die Analogie gestattet sey.[22])

Somit ergiebt sich rücksichtlich des preußischen Strafrechts:

daß es sich kein anderes Ziel, als das der practischen Zweckmäßigkeit und der möglichsten Verhinderung der Verbrechen gesteckt hatte,

daß es dieses aber dadurch zu erreichen strebte, indem es

a) den Begriff der Verbrechen allgemein verständlich zu bestimmen,

b) die Messung der Verbrechen vernünftig festzusetzen, und

c) die Strafen, so weit es ausführbar erschien, auf ein gleichförmiges Maß zurückzuführen

bemüht war, ohne jedoch dem Gebrauch der richterlichen Willkühr in denjenigen Beziehungen zu enge Schranken zu setzen, in welchen diese nützlich eingreifen konnte.

Das preußische Kriminalrecht enthielt aber außerdem viele allgemeine Grundsätze, die Vorbeugung der Verbrechen betreffend, in der Absicht, die künftigen Polizeiordnungen nach denselben zu regeln, und auf diese Weise die spätere Gesetzgebung zu leiten. Diese betrachtete jedoch das sanctionirte Kriminalrecht nicht als feste Grundlage, sondern verließ und änderte die daselbst gestellten Princi-

---

[22]) Kleins Annalen der Gesetzgebung und Rechtsgelehrsamkeit für die preußischen Staaten. Bd. 8. S. XXXV. In der kurzen Nachricht von der neuen preußischen Gesetzgebung wird eine Analogie nach allgemeinen Grundsätzen und dem Geiste des Gesetzes gemäß ausdrücklich gebilligt.

pien, so daß Widersprüche und Undeutlichkeiten, die zu späterem Tadel Veranlassung gaben, ganz natürlich entstehen mußten.[23])

Der Entwurf von 1786 beabsichtigte aber auch nicht, das ganze Strafrecht zu erschöpfen, sondern hatte nach einer dem §. 82. beigefügten Anmerkung, um nicht dem Verständnisse des Kriminalgesetzbuches hinderlich zu seyn,

1) die Lehre von den erschwerenden und mildernden Umständen,
2) die genaueren Bestimmungen über die Zurechnung,
3) die Lehre von der Strafänderung,
4) die Abmessung der außerordentlichen Strafe, wenn die ordentliche keine Anwendung findet,

einer besonderen Instruction für die Richter vorbehalten.[24]) Bis zur neuen Kriminalordnung vom 11. December 1805 war die alte Kriminalordnung vom 1. März 1817 gültig[25]) geblieben, und die Richter konnten sich daher des gemeinen Rechts zu ihrer Aushülfe bedienen. Die neue Kriminalordnung, welche indeß ein umgearbeitetes Strafrecht voraussetzte, enthielt über mehrere dieser Punkte wenig oder nichts, wiewohl bei der ursprünglichen Revision kaum die Absicht vorgewaltet haben kann, daß es einer weiteren Festsetzung über die, der Instruction vorbehalte-

---

[23]) Es geschah dies zuerst durch die Cirkularverordnungen vom 30. Dezember 1798, die Bestrafung der Injurien, und vom 26. Februar 1799, die Bestrafung der Diebstähle betreffend. — Die Hälfte der Aenderungen, welche das preußische Kriminalrecht seit seinem Bestehen erlitt, würde ohne Zweifel hinreichen, die sämmtlichen neueren Strafrechte in Verwirrung zu bringen.

[24]) Vergl. die Anmerkung zum §. 82. des Entwurfs.

[25]) Die Kriminalordnung vom 1. März 1817 ist keinesweges so mangelhaft, als man nach dem Zeitalter ihrer Entstehung glauben sollte, und sie enthält viele sehr humane Bestimmungen.

nen Punkte nicht bedürfe. Somit waren also ein Strafrecht, was eine andere Kriminalordnung, und später eine Kriminalordnung, die ein anderes Strafrecht erforderte, vorhanden, und es mußten auch von dieser Seite her Lücken entstehen, die sich dem Richter bei der Anwendung der Gesetze fühlbar machten, und dadurch auf die Handhabung der Gerichtsbarkeit einen schädlichen Einfluß hatten.

V.

Die ordentliche Strafe.

Es lag zuvörderst dem preußischen Kriminalrechte ob, die ordentliche Strafe zu bestimmen, welche die Unterlage bildete, auf der das Uebrige ruhte. Dasselbe folgte in dieser Beziehung dem Handbuch von Koch, und bestimmte mit Rücksicht auf die daselbst §. 83., 84. und 89. gegebenen Regeln:

§. 31. Die im Gesetz bestimmte Strafe heißt die ordentliche, und trifft in der Regel den, welcher das Verbrechen vorsätzlich begangen hat.

§. 39. Die ordentliche Strafe eines vorsätzlichen Verbrechens trifft denjenigen, welcher dasselbe vollständig begangen hat.

Vollständig ist das Verbrechen verübt, wenn die dasselbe begründende Handlung dem gesetzlichen Begriff und dessen Erfordernissen in allen Punkten völlig entspricht.[1])

Hierbei kommen jedoch in Betreff der Anwendung der ordentlichen Strafe noch andere Umstände in Betracht,

---

[1]) Vergl. de Böhmer medit. in const. Crim. Carol. ad art. 178. §. 6. und Quistorps Grundsätze des deutschen peinlichen Rechts §. 29.

die, wie die Theilnahme mehrerer an einem Verbrechen, concursus plurium ad delictum, eine besondere Berücksichtigung erfordern.

Das gemeine Recht unterschied

1) den auctor delicti,

2) den socius delicti.

Ueber den Begriff des auctor delicti waren die Meinungen sehr verschieden, und dieselbe Verschiedenheit bestand hinsichtlich des deutschen Wortes „Urheber", dessen Begriff enger ist, als der eines auctor.[2]) Koch enthält in seinen instit. jur. crim. §. 41. folgende Definition:

> auctor delicti stricte dicitur is, qui ipse illud, per quod delictum tale est, perpetravit, plures vero, qui ipsi illud, per quod delictum tale est, perpetrarunt, dicuntur coauctores delicti.

Hiermit stimmt Meister in den principiis juris criminalis §. 42. im Wesentlichen überein, und fügt nur noch hinzu, daß der auctor auch durch einen Andern an seiner Stelle das Verbrechen vollführen könne.[3])

Klein giebt in seinen Grundsätzen des gemeinen deutschen peinlichen Rechtes §. 138. an:

> daß der Urheber derjenige sey, welchem die zum Wesen des Verbrechens gehörige Handlung rechtlich zugerechnet werde,

doch ist diese Definition nicht erschöpfend, da die Zurech-

---

[2]) Z. B. autor eines Buches ist der Verfasser, der Urheber desselben würde die Veranlassung zu demselben bedeuten. Vergl. Meister §. 42. Anmerkung (a). In definiendo autore delicti mirifice variant Doctores.

[3]) Meister principia juris criminalis §. 42. Autor delicti, qui ipsum actum delicti vel facto suo proprio, vel per alium ejus loco agentem exequitur.

nung als bloße Folge der Handlung nicht erklärt, was der auctor gethan haben müsse, um diese Zurechnung zu verdienen.

Quistorp und Böhmer erwähnen zwar des Auctor's oder Urhebers, ohne sich über den Begriff besonders auszusprechen. Die scharfsichtigen Bemerkungen von Böhmer in den meditationes in constitutionem criminal. Carolin. beweisen nur, wie vielfach sich die Sache durch die Theilnahme mehrerer Personen gestalten kann, und welche verschiedenen Fälle in Betracht gezogen werden müssen.[4]) Die Gründe der abweichenden Meinungen lagen besonders darin, daß man nicht klar darüber war, ob man die Autorschaft auf den materiellen Theil, nehmlich die Haupthandlung des Verbrechens, oder auf den Willen, als den nothwendigen Grund des Verbrechens beziehen sollte, in welcher Beziehung sich Koch und Steltzer auf der einen, Klein und Kleinschrod auf der andern Seite gegenüber stehen.[5])

Das preußische Kriminalrecht bestimmte:

§. 64. Haben Mehrere an Ausführung eines Verbrechens

---

[4]) Quistorp Grundsätze des deutschen peinlichen Rechts §. 54. sqq. de Böhmer meditationes in const. crim. Carolinam ad art. 177. §. 1. und 2.

[5]) Vergl. Koch inst. jur. crim. §. 41. Steltzer Lehrbuch des deutschen Kriminalrechts §. 134. Klein Grundsätze des gemeinen deutschen peinlichen Rechts §. 138. Kleinschrod systematische Entwickelung der Grundbegriffe und Grundwahrheiten des peinlichen Rechts §. 177. Wieder anderer Meinung war Stübel im System des allgemeinen peinlichen Rechts §. 369. sqq. und daher konnte Meister in den principiis jur. crim. mit Recht sagen: In definiendo autore delicti mirifice variant doctores. Er selbst änderte seine Ueberzeugung und stellte in der Ausgabe von 1828 den Begriff dahin auf: Auctor delicti qui causa necessaria delicti est.

unmittelbar Theil genommen, so trifft jeden von ihnen als Urheber die im Gesetz bestimmte Strafe.

§. 65. Hat einer sich als Haupturheber ausgezeichnet und die Uebrigen zum Verbrechen verleitet, so wird die ordentliche Strafe gegen ihn geschärft. *)

§. 66. Verbrechen, zu deren Begehung sich Mehrere verbunden haben, müssen schärfer bestraft werden, als eben diese Verbrechen, wenn sie nur von einzelnen Personen begangen werden.

§. 67. Wer sich eines Anderen zur Ausführung eines Verbrechens bedient, wird eben so bestraft, wie derjenige, welcher ein solches Verbrechen selbst und unmittelbar begangen hat.

§. 68. Steht er gegen den Thäter im Verhältniß eines Vorgesetzten oder einer Respectsperson, so wird er als der Rädelsführer des begangenen Verbrechens angesehen.

Den Begriff eines einzelnen auctor bestimmte das preußische Recht hiernach nicht, wohl aber den Begriff der coauctores, welcher die eigentlichen Schwierigkeiten darbot. Es stellte hierbei die Erfordernisse weniger streng als dies von Koch geschehen war, indem es nicht verlangte, daß sich die zur Beurtheilung kommende Handlung rücksichtlich des Verbrechens wie Ursache zur Wirkung verhalte, sondern es als ausreichend betrachtete, wenn die Handlung des Einen zu der Handlung des Anderen in eine solche Beziehung trat, daß sie sich gegenseitig bedingten. [6]) So

---

*) Der Begriff des Haupturhebers wird bei dem Abschnitt von den Erschwerungs- und Milderungsgründen näher auseinandergesetzt werden.

[6]) Vergl. Feuerbach Lehrbuch des gemeinen peinlichen Rechts 10te Ausgabe §. 46.

konnte z. B. nach der Ansicht von Koch und Böhmer nur Einer, welcher den tödtlichen Schlag geführt hatte, als der auctor des Verbrechens angesehen werden, [7]) nach dem preußischen Recht war aber auch derjenige ein Miturheber, der den Getödteten hielt, weil letzteres die Veranlassung war, daß der Andere den Schlag so führen konnte, wie er wirklich geführt wurde. Für diese Festsetzung gab es sehr triftige Gründe, denn wie überhaupt keine Größe gedacht werden kann, die nicht theilbar wäre, so ist dies der nämliche Fall bei den Handlungen, so daß in den wenigsten Fällen bestimmt werden kann, was die eigentliche Haupthandlung sey, und wer sie begangen habe. Nachdem in den §§. 65. und 66. der Schärfung bei der physischen Autorschaft gedacht ist, geht der §. 67. zu der intellectuellen oder moralischen Autorschaft über, die er eben so wie Meister in den principiis juris criminalis bestimmt. [8]) Diese setzt voraus, daß die Existenz des Verbrechens hauptsächlich durch den Willen eines Anderen begründet ist, ohne daß indeß die Art und Weise, wie dies geschehen soll, näher festgestellt ist, so daß das richterliche Ermessen in jedem Falle entscheiden muß. Deßhalb lassen sich auch hierüber keine näheren Regeln ertheilen. Alles führt sich darauf zurück, daß in dem Willen des auctor intellectualis der Grund der Existenz des Verbrechens ausgemittelt seyn muß, was in den meisten Fällen einen gewissen moralischen Einfluß voraussetzt, der von dem auctor gegen den

---

[7]) de Böhmer meditationes in const. crim. Carol. ad art. 177. §. 1. Sic homicidium nonnisi ab uno, qui nimirum vulnus letale inflixit, committi potest, a reliquis quotquot gladium vibrarunt non aeque.

[8]) Meister principia juris criminalis §. 42.

Thäter geltend gemacht worden ist. Bloßer Rath und Anleitung zu einem Verbrechen sind daher zur Annahme einer intellectuellen Autorschaft nicht genügend, wiewohl sie in eigenem Interesse und fortgesetzt ertheilt in eine Verführung übergehen können, die den §. 67. nicht ausschließen würde. [9])

Neben dem Verhältniß als auctor kommt die Theilnahme anderer Art in Betracht. Koch enthält darüber folgende Bestimmungen:

§. 42. Socius delicti dicitur is, qui ad delictum alterius libere concurrit, id tamen non perpetrando, per quod delictum tale est.

§. 44. Socius delicti ad delictum alterius concurrit ergo vel ita, ut sine eo delictum non fuerit perpetratum, vel ita ut nihilo minus, licet non ita commode, fuerit perpetratum. Si prius, socius dicitur principalis, si posterius, socius adjuvans.

§. 68. Socius concurrit ad delictum alterius, ergo ipsi imputatur, ideoque quo magis concurrit, et quo majorem id quod contulit agnoscit moralitatis gradum, eo magis ipsi delictum est imputandum.

Das Verhältniß eines socius entsprach dem eines auctor. Es konnte die Theilnahme durch Handlungen, actu, oder durch den Willen, intellectu, statt finden, und diesem folgte der Entwurf in folgender Weise:

---

[9]) Dies ergiebt sich auch aus dem §. 76.:

Wer zu einem Verbrechen bestimmten Rath und Anleitung giebt, wird eben so bestraft wie der, welcher dazu thätigen Beistand geleistet hat.

Das preußische Recht unterscheidet nämlich den thätigen Beistand von der unmittelbaren Theilnahme, welche die Autorschaft in sich begreift. Unzweifelhaft ist aber auctor intellectualis, wer einen Betrunkenen oder ein Kind zu einem Verbrechen verleitet.

§. 66. Hat Jemand an der Ausführung eines Verbrechens nicht unmittelbar Theil genommen, aber doch dazu dergestalt thätige Hülfe geleistet, daß ohne diese Hülfe das Verbrechen gar nicht hätte begangen werden können, so findet gegen ihn die ordentliche Strafe statt.

§. 67. Ist der geleistete Beistand zur Ausführung des Verbrechens nicht nothwendig gewesen, so wird solcher dennoch, in dem Verhältniß wie er das Verbrechen erleichtert oder befördert hat, und nach Maßgabe der Schwere des Verbrechens selbst, an den Hülfeleistenden geahndet.

§. 68. Hat der Hülfeleistende das Verbrechen, welches hat begangen werden sollen, nicht gewußt, so wird seine Strafbarkeit nach der dabei gehabten Absicht beurtheilt.

§. 69. Wer zu einem Verbrechen bestimmten Rath und Anleitung gegeben, wird eben so bestraft wie der, welcher dazu thätigen Beistand geleistet hat.

Diese Vorschriften, wie sie aufeinander folgten, waren geordnet und klar. Es entsprach die Theilnahme als socius der Autorschaft. Sowohl bei der mittelbaren Theilnahme durch Handlungen, actu, als durch den Willen, intellectu, fragte man,

> in wiefern solche zur Verübung des Verbrechens nothwendig gewesen sey, wie möglicher Weise die Beschreibung der Localität und Angabe der Zeit,

und danach bestimmte sich die Anwendung des §. 66. oder §. 67. auf den vorliegenden Fall.

Bei der Revision des Entwurfs erschienen indeß den Revisoren diese Vorschriften noch nicht ausreichend, und

man fand es nöthig, hinter dem §. 67. des Entwurfs oder dem §. 72. des späteren Kriminalrechts noch folgende Bestimmungen einzuschalten:

§. 73. Wenn sich Mehrere zu einem gemeinschaftlich auszuübenden Verbrechen verbunden haben, so muß Jeder von ihnen für sämmtliche verabredete Handlungen haften, wenn er auch nur zu einer behülflich gewesen ist.

§. 74. Wenn Jemand auch ohne vorgängige Verabredung zu der Zeit, da die That ausgeführt wird, durch Handreichung, Wache halten oder sonst Hülfe leistet: so wird er in Ansehung der That, bei welcher er wissentlich und freiwillig hilft, als Miturheber angesehen.

Ferner hinter dem §. 69. des Entwurfs, dem §. 76. des revidirten Kriminalrechts.

§. 77. Ist der Rathgeber bei der Vollziehung der That gegenwärtig gewesen, so wird er zugleich als Urheber angesehen.

Es betreffen diese Paragraphen eine im gemeinen Recht sehr bestrittene Lehre, zu welcher die verschiedene Auslegung der Artikel 148. und 177. der peinlichen Gerichtsordnung die Veranlassung gegeben hatte.[10])

Wenn man auch über die Idee der Verschwörung nicht im Zweifel war, so fragte es sich doch:

ob der bloße Vertrag, wodurch sich mehrere verbinden, mit gemeinschaftlichen Kräften ein Verbrechen

---

[10]) Peinliche Gerichtsordnung art. 148. **Item so etlich personen mit fürgesetztem und vereynigtem willen und mut jemandt bosslich zu ermorden einander hilff und beistandt thun, dieselben thätter alle haben das leben verwirckt.**

auszuführen, zur Begründung der vollen Strafbarkeit hinreiche,

und wenn dies verneint wurde,

was hinzutreten müsse;

so wie

ob eine Verschwörung auch stillschweigend eingegangen werden könne und welcher Unterschied zwischen Verschworenen und zufällig verbundenen Verbrechern bestehe.

Klein und Kleinschrod nehmen beide an, daß zur Annahme voller Strafbarkeit im Fall einer Verschwörung auch von den Verschworenen ein wesentlicher Antheil an der Ausführung des Verbrechens genommen seyn müsse.[11]) Von dieser Ansicht aus war der Entwurf gefertigt.

Andere Rechtslehrer wie Koch, Quistorp und Böhmer nehmen nach den Worten der peinlichen Gerichtsordnung volle Strafbarkeit an, wenn von den Verbundenen nur überhaupt Hülfe oder Beistand geleistet war.[12])

Eben so wurde von Quistorp und Böhmer angenommen, daß ein wirkliches Complot auch stillschweigend durch unzweideutige Handlungen eingegangen werden könne.[13]) Auf diesen Grundsätzen beruhten die angegebenen

[11]) Vergl. Klein Grundsätze des gemeinen deutschen peinlichen Rechts §. 141. ad 1. in den Worten: „mehr oder weniger nöthige Hülfe." Kleinschrod Systematische Entwickelung der Grundbegriffe des peinlichen Rechts. Theil 1. §. 178.

[12]) Koch institut. jur. crim. §. 100. Socius qui cum auctore delicti societatem iniit regulariter eadem poena qua auctor delicti punitur. — de Böhmer medit. in const. crim. Carol. ad art. 177. §. 3. Beide lassen jedoch Ausnahmen zu. — Quistorp Grundsätze des deutschen peinlichen Rechts. §. 54.

[13]) de Böhmer medit. in const. crim. Carol. ad art. 148. §. 1. Neque tamen excluderem tacitam conventionem factis non dubiis sed evidentibus declaratam.

§§. 73. und 74., bei deren Fassung Quistorp in dem §. 54. berücksichtigt scheint.

Die Einfügung dieser Paragraphen ist indeß dem Ganzen keinesweges vortheilhaft gewesen. Wäre man bei der peinlichen Gerichtsordnung in den Worten Hülfe und Beistand stehen geblieben, so mußte man es richterlichem Ermessen überlassen zu beurtheilen, ob z. B. bloße Gegenwart Einzelner, welche die übrigen Conspiranten verwegener machte und den Angegriffenen einschüchterte, dazu ausreiche.[14]) Dadurch, daß man die Hülfe und Beistand im Allgemeinen auf einzelne verabredete Handlungen beschränkte, vermehrte man die Schwierigkeiten anstatt sie zu vermindern, weil in Rücksicht der einzelnen Handlungen nur in den wenigsten Fällen eine Verabredung zu Stande kommt, und diese, da sie keine Spuren zurückläßt, und unter mehreren Conspiranten wieder Unterschiede eintreten, noch seltner ausreichend ermittelt werden kann. Unklarer noch ist der §. 74. von der stillschweigenden Verbindung, bei dessen Reduction man den Fehler beging, eine Auslegungsregel, die nach Umständen Ausnahmen unterworfen war, zu einer gesetzlichen Vorschrift zu erheben. Indem man aus anderen Rechtslehrern Sätze einschob, störte man die Harmonie, die in allen Theilen eines Gesetzbuches herrschen muß. Wenn sich daher gleich der §. 74. auf diejenige Theilnahme beschränkte, welche concomitanter oder gleichzeitig mit dem Verbrechen erfolgte,[15]) so stand er mit dem

---

[14]) Vergl. Carpzow practica nova rer. crim. pars. I. qu. 25. No. 12. Atqui omnes, quotquot aliquem occidendi animo aggrediuntur, causam mortis praebent, siquidem assistentia sua homicidam audaciorem et occisum timidiorem reddunt, et sic opem auxiliumve praestant.

[15]) Koch institut. jur. crim. §. 70. b. Im sächsischen Recht

§. 71. in einem nicht zu lösenden Widerspruch, indem er von anderen Voraussetzungen ausging, und den Unterschied zwischen der unmittelbaren und mittelbaren Theilnahme factisch aufhob, was eben so mit dem §. 77., der ebenfalls eingeschoben wurde, der Fall war. Unter diesen Umständen ist es vergeblich, eine Vereinigung beider Stellen zu versuchen, und es läßt sich daraus nur die allgemeine Regel ziehen, daß die Revision eines vollendeten Entwurfs stets die größte Vorsicht erfordert, da leicht der Faden des Systems zerschnitten wird, und alsdann Zweifel und Mißverständnisse nicht ausbleiben können.

Will man indeß bei den einmal gültigen Dispositionen des allgemeinen Landrechts stehen bleiben, so hat man von dem §. 64. ab die Anwendung der ordentlichen Strafe für folgende sechs Fälle:

1) wenn Mehrere an der Ausführung eines Verbrechens unmittelbar Theil genommen, coauctores, §. 64.;
2) wenn sich Jemand eines Anderen zur Ausführung eines Verbrechens bediente, ohne selbst thätigen Antheil zu nehmen, auctor intellectualis;
3) wenn Jemand zwar an der Ausführung des Verbrechens nicht unmittelbar Theil nahm, aber doch dabei eine solche thätige Hülfe leistete, daß ohne dieselbe das

---

hatte die constitut. electoralis 39. partis IV. rücksichtlich des Diebstahles etwas Aehnliches festgesetzt: Würde einer oder mehr zu der Zeit, wenn ein Diebstahl begangen seinen Gesellen, so sich solches dergestalt mit einander verglichen, die Wache halten etc. so soll er gleich den anderen Dieben mit dem Strange zum Tode gerichtet werden, ungeachtet dafs er nicht am Diebstahl mit angegriffen und die gestohlenen Stücke selbst entwenden helffen. Vergl. Carpzow jurisprudentia forensis const. 39. part. IV.

Verbrechen nicht hatte begangen werden können, socius principalis;

4) wenn Jemand, im Fall sich Mehrere zu einem gemeinschaftlich auszuführenden Verbrechen verbunden hatten, zu einer verabredten Handlung behülflich war;

5) wenn Jemand zur Zeit der Ausführung des Verbrechens wissentlich half, in Ansehung desjenigen Verbrechens, zu welchem er solchergestalt wissentliche Hülfe leistete;

6) wenn Jemand zu einem Verbrechen bestimmten Rath und Anleitung ertheilte, und zugleich bei der Ausführung zugegen war. §. 77.[16])

Verbrechen der Corporationen und Gesellschaften konnten nach dem preußischen Recht überhaupt nicht vorkommen, weil unzuläßige und verbotene Gesellschaften keine Gesellschaftsrechte haben, und jedes Mitglied einer erlaubten Gesellschaft wegen Verletzung eigener Pflichten besonders haften muß.[17])

Mit Berücksichtigung des Vorstehenden läßt sich nun feststellen, in welchen Fällen die ordentliche Strafe des Verbrechens ausgeschlossen bleibt, nämlich:

1) wenn das Verbrechen nicht auf einer völlig freien Handlung beruhte,

2) wenn dasselbe nicht vorsätzlich begangen, und

---

[16]) Die §§. 77. und 78. des preußischen Kriminalrechts sind eigentlich nur Erläuterungen der intellectuellen Autorschaft; im §. 67. Wenn der Rathgeber bei der That gegenwärtig war, und wenn Jemand einen Andern nach vorgängiger Verleitung zum Trunk in diesem unfreien Zustande zu einem Verbrechen anstiftete, so sind beide autores intellectuales.

[17]) Vergl. Allg. Landrecht II. 6. §§. 6—8. desgl. II. 20. §. 185. Doch sind noch diese Grundsätze nicht consequent bewahrt. Vergl. z. B. II. 11. §§. 961. und 1164., wo dergleichen Fälle entgegengesetzter Art.

3) nicht vollendet war, so wie

4) im Fall einer Theilnahme der Art, daß der geleistete Beistand zur Ausführung des Verbrechens nicht nothwendig war, sey es nun, daß die Mitwirkung physisch oder nur moralisch statt gefunden hatte. §. 77.

Ferner konnte dieselbe unanwendbar erscheinen, wenn Verschärfungs- oder Milderungsgründe hinzutraten, und in Folge derselben, entweder über das höchste Maß der gesetzlichen Strafe hinaus, oder unter das niedrigste Maß hinunter gegangen werden mußte.

Da die verschiedenen Abweichungen wieder unter ad VI. VII. und VIII. speciell behandelt werden, so bleibt hier nur noch allgemein zu erörtern:

nach welchen Grundsätzen bei der Arbitrirung der gesetzlichen Strafe verfahren werden muß.

In dieser Beziehung bestimmt zuvörderst der §. 30. des preußischen Kriminalrechts, daß die verschiedenen Grade der gesetzlichen Strafe von dem Richter in jedem bestimmten Falle nach Vorschrift der §§. 23., 24. und 25. festgesetzt werden müßen, und diese lauten:

§. 23. Je mehr Beweggründe Jemand gehabt hat, die begangene strafbare Handlung zu unterlassen; desto mehr muß sie ihm zugerechnet werden.

§. 24. Je mehr Pflichten Jemand gegen den Andern oder gegen den Staat hat, desto größer ist das Verbrechen, wenn er dieselben beleidigt.

§. 25. Je größer und unvermeidlicher der Schade oder die Gefahr ist, welche aus dem Verbrechen entstehen, desto schärfer muß dasselbe geahndet werden. [18])

[18]) Die Aehnlichkeit dieser Vorschriften mit den §§. 56. 57. und 58. in **Koch** institutiones juris criminalis ist schon ad III. bemerkt.

Die bloße Handlung bewirkt allein noch kein eigentliches Verbrechen, wenn sie nicht mit dem Willen verbunden ist, der, wenn er auf ein bestimmtes Object gerichtet ist, Vorsatz oder dolus genannt wird. Eben so wenig macht der Vorsatz allein das Verbrechen,[19]) aber er ist das belebende Princip der Handlung, und muß sowohl nach seiner Beschaffenheit als nach seiner Aeußerung beurtheilt werden. Die Festigkeit, die Immoralität und die Gefährlichkeit des Vorsatzes bestimmen also die Strafbarkeit der Handlung, und es war daher nöthig, auch bei der ordentlichen Strafe einen beträchtlichen Spielraum zu gestatten. Die angegebenen Vorschriften beruhen daher sämmtlich auf moralischen Principien. Die Verbrechen sind in höherem Grade strafbar, je mehr die vernünftige Ueberlegung den Verbrecher von der Ausführung hätte zurückhalten sollen, je mehr und je höhere moralische Pflichten er verletzt, und je größer der Nachtheil für Andere ist, der aus dem Verbrechen entstand oder entstehen konnte.

Es erscheint kaum glaublich, daß auch diese Grundsätze nur wenige Zeit später einen lebhaften Widerspruch erfuhren. So wollte Stübel[20]) schon 1795 dem Kriminalrichter geradezu das Recht bestreiten, die innere eigentliche Moralität in Betracht zu ziehen, weil er behauptete, daß die peinlichen Gesetze bloß auf Sicherung der Staatszwangsrechte abzweckten, und auch ein unmoralischer Mensch ein guter und tugendhafter Bürger seyn könne.[21])

---

[19]) l. 18. D. 48. 19. de poenis. Nemo cogitationis poenam patitur. Filangieri System der Gesetzgebung Bd. 4. S. 7. — v. Soden Geist der deutschen Kriminalgesetze Bd. 1. §. 14.

[20]) Stübel System des allgemeinen peinlichen Rechts. Leipzig 1795. §. 235.

[21]) Vergl. Cicero de legibus Lib. 1. cap. 14. Nam quid

Wie einseitig und irrig diese Ansicht ist, braucht kaum erst gezeigt zu werden. Die größere oder geringere Bosheit des Verbrechers bei der Strafe nicht berücksichtigen wollen, heißt das Wesen des Menschen und seine Bestimmung gänzlich verkennen. Wenn je die Moralität in einem Staate völlig erloschen seyn sollte, so dürften schwerlich die Gesetze hinreichen, den nöthigen Schutz zu erzielen. Merkwürdig ist es, daß man erst in neuerer Zeit anfing den höheren Ursprung des Rechts in Frage zu stellen, ohne sich von der Weisheit derer leiten zu lassen, denen das Licht des Christenthums noch nicht aufgegangen war. [22]) Es gehört ohne Zweifel zu den Mängeln unserer Zeit, daß sich die Gesetzgebung ohne wichtige Veranlassung von diesem göttlichen Rechte entfernte, und selbst dazu beitrug, die Moralität zu untergraben. [23])

Wenn gleich die angeführten Paragraphen 23—25 die allgemeine Unterlage zur richtigen Würdigung des moralischen Unwerths einer Handlung bilden können, so wird dadurch auf der anderen Seite die Sache noch nicht erschöpft. Es kommt hierbei eine tiefere Einsicht in die Lage und in das Gemüth des Verbrechers in Betracht, weshalb jene Vorschriften nur als Regeln betrachtet werden

---

faciet is homo in tenebris, qui nihil timet, nisi testem et judicem? quid, in deserto quo loco nactus, quem multo auro spoliare possit, imbecillum atque solum?

[22]) Vergl. Cicero de legibus Lib. 1. cap. 5. Non ergo a praetoris edicto, ut plerique nunc, neque a XII tabulis ut superiores, sed penitus ex intima philosophia haurienda juris disciplina, ferner cap. 15.

[23]) Hugo Grotius de jure belli et pacis T. I. prolegomena §. 12. und Lib. I. cap. I. 15. Jus voluntarium divinum quod sit satis ex ipso vocum sono intelligimus; id nimirum quod ex voluntate divina ortum habet.

können, dem Richter den Weg zu zeigen, den er hierbei nehmen soll.[24]) Es sind daher, da bei verschiedenen Verbrechen auch verschiedene Verhältnisse vorwalten, einige Umstände vorzugsweise hervorgehoben, und daher auch besonders zu berücksichtigen; als z. B.:

§. 59. Wer die That, noch ehe er derselben überführt ist, freiwillig gesteht, gegen den soll die sonst verwirkte Strafe gemildert, oder wenn keine Schärfung statt findet, die gelindere gesetzliche Strafe erkannt werden;

§. 66. Verbrechen, zu deren Begehung sich Mehrere verbunden haben, müssen schärfer bestraft werden, als eben diese Verbrechen, wenn sie nur von einzelnen Personen begangen werden;

bei Erregung von Mißvergnügen gegen die Obrigkeit:

§. 152. In je größerem Ansehen derjenige steht, welcher dergleichen Unfug vornimmt, desto strenger muß derselbe bestraft werden;

bei dem Defraude:

§. 301. Kaufleute, Juden, Schiffer und Frachtfuhrleute, die sich einer solchen Uebertretung schuldig machen, sollen alle Mal härter als andere Privatpersonen bestraft werden;

ferner beim Diebstahl:

§. 1126. Je nachdem der Werth oder Betrag des Entwendeten höher oder niedriger, die Verhehlung des Diebstahls nach Beschaffenheit der Sache leichter oder schwerer, und die innere Moralität der Handlung selbst größer oder geringer gewesen ist, muß

---

24) Hugo Grotius de jure belli ac pacis Lib. II. cap. 20. 28. und 29. In merito examinanda veniunt: causa quae impulit, causa quae retrahere debuit, et personae idoneitas ad utrumque.

die Dauer der Strafe in jedem Falle von dem Richter nach obiger Anweisung bestimmt werden.

§. 1148. Ein Diebstahl, der bei Nachtzeit verübt worden, muß schärfer bestraft werden, als derjenige, welcher am Tage begangen ist.

§. 1168. Die Dauer der Strafzeit eines gewaltsamen Diebstahls muß von dem Richter nach Beschaffenheit der angewendeten Gewalt, nach der Zeit, wenn selbiger verübt, nach der Größe der Gefahr, welcher das gemeine Wesen oder einzelne Mitglieder dadurch ausgesetzt worden, und nach der Wichtigkeit der entwendeten Sache oder Summe bestimmt werden. [25])

Diese sämmtlichen Vorschriften unterscheiden sich von den Erscheinungs- und Milderungsgründen durch ihre Allgemeinheit, denn die Worte: gelinder, strenger und härter, drücken nur das Verhältniß gleichartiger Verbrechen untereinander aus, enthalten aber keine Berechtigung, von dem vorgeschriebenen Strafmaß, innerhalb welchem sich die ordentliche Strafe beengt, abzuweichen.

Ob und in wie weit dies gestattet sey, wird in den folgenden Abschnitten ausgeführt werden.

VI.

Die Freiheit.

Die verbrecherische That ist an und für sich etwas Gleichgültiges und Lebloses, und erhält erst durch den Wil-

---

[25]) Diese Vorschriften können nur beispielsweise gelten, denn das preußische Recht ist voll solcher Vorschriften. Vergl. z. B. den ganzen 11ten Abschnitt von körperlichen Verletzungen.

len und die Absicht des Thäters ihre Bedeutung.[1]) Daher war es schon eine Vorschrift des römischen Rechts, die sich im canonischen Recht wiederholt findet, daß bei der Beurtheilung eines Verbrechens auf den Willen zurückgegangen werden müsse.[2]) Es können indeß bei der Abhängigkeit des menschlichen Geistes von der Außenwelt auf denselben die verschiedenartigsten Einflüsse ausgeübt werden, die oft so mächtig wirken, daß die That selbst ihrem Urheber nicht beigemessen werden kann. Wenn also die Ueberzeugung vorhanden war, daß Jemand, die Folgen einer Handlung voraussehend, sich zu derselben mit der Möglichkeit gehöriger Prüfung bestimmte, so hieß es: die Handlung sey frey, und müsse ihm zugerechnet werden.[3]) Wenn dagegen die der Handlung voraufgehende Willensbestimmung in einem Zustande erfolgt war, welcher das Vermögen mit Vernunft und Ueberlegung zu handeln ausschloß, so sagte man: es fehle derselben an der nothwendigen Freiheit, und es könne eine vollkommene Zurechnung nicht eintreten.

Von diesen Gründen ausgehend, schrieb das preußische Kriminalrecht Folgendes vor:

---

[1]) Vergl. Lehrbuch der Strafrechtswissenschaft von Abegg. 1836. §. 78.

[2]) l. 14. D. 48. 8. ad legem Corneliam de sicariis et veneficiis 48. 8. In maleficiis voluntas spectatur non exitus. — l. 7. 9. D. 50. 17. de regulis juris. — Can. 9. und 15. de poenitentia dist. 1.

[3]) Vergl. Stübel System des allgemeinen peinlichen Rechts §§. 243. und 364. Kleinschrod systematische Entwickelung der Grundbegriffe und Grundwahrheiten des peinlichen Rechts §. 44. Klein Grundsätze des gemeinen deutschen peinlichen Rechts §§. 95. und 129. s qq., bei welchen allen fast die nämlichen Grundsätze.

§. 16. Wer frei zu handeln unvermögend ist, bei dem findet kein Verbrechen, also auch keine Strafe statt.

§. 17. Unmündige und schwachsinnige Personen können zwar zur Verhütung fernerer Vergehungen gezüchtigt, niemals aber nach der Strenge der Gesetze bestraft werden.

§. 18. Alles was das Vermögen eines Menschen, mit Freiheit und Ueberlegung zu handeln, mehrt oder mindert, das mehrt oder mindert auch den Grad der Strafbarkeit.

§. 19. Furcht vor Drohungen, deren Gefahr mit Hülfe des Staats oder sonst abgewendet werden kann, rechtfertigt den Verbrecher nicht.

§. 20. In wiefern der Bedrohete die Furcht zu überwinden und die Gefahr selbst abzuwenden vermögend gewesen sey, muß nach der Lage der Umstände, besonders aber nach seiner Gemüths- und Leibesbeschaffenheit beurtheilt werden.

§. 21. Furcht vor einem bloßen Schaden am Vermögen, oder vor Uebeln, die in der Folge gehoben werden können, entschuldigt nicht die vorsätzliche Zufügung eines unersetzlichen Schadens.

§. 22. Wer sich selbst vorsätzlich oder mittelst eines groben Versehens, es sey durch Trunk oder auf andere Weise, in Umstände versetzt hat, wo das Vermögen, frei zu handeln, aufgehoben oder eingeschränkt ist, dem wird das unter solchen Umständen begangene Verbrechen nach Verhältniß dieser seiner Verschuldung zugerechnet.

Es ist in diesen Vorschriften kein bestimmter Begriff der menschlichen Freiheit aufgestellt. Das preußische Recht,

die Gefahr wohl kennend, welche bei der Anwendung bestimmter Definitionen auf specielle Fälle, zumal im Kriminalrecht, vorhanden ist, war absichtlich gleich dem römischen Recht damit besonders sparsam gewesen.[4]) Indeß konnte jeder Jurist sich den eigentlichen Begriff aus verwandten Vorschriften, aus den wissenschaftlichen Werken der Schriftsteller damaliger Zeit, vornehmlich aber aus der menschlichen Natur selbst entwickeln.[5]) Die Freiheit steht der Sclaverei gegenüber. In diesem Betracht enthält erstere die Befugniß eines Menschen, seine Handlungsweise lediglich von seinem eigenen vernünftigen Willen abhängig zu machen, wogegen der Sclave fremder Willkühr unterworfen ist.[6]) Ein ähnliches Verhältniß findet sich im Innern des Menschen wieder. Es giebt wie einen physischen, auch einen moralischen Zwang, der den vernünftigen Willen hindert, sich geltend zu machen, und den sonst guten Menschen zu Handlungen bestimmt, die er bei unabhängiger Prüfung unterlassen haben würde. So entsteht in jedem Falle die Frage:

ob die Handlung das Produkt eines unabhängigen Willens, oder eines außer demselben liegenden unwiderstehlichen Einflusses war.

---

[4]) l. 202. D. 50. 16. de regulis juris. Omnis definitio in jure periculosa est, parum est enim, ut non subverti possit. Das gemeine Recht enthält viele solcher weisen Regeln.

[5]) Vergl. die bei Note 3 angeführten Schriftsteller, und außerdem **Koch** institutiones juris criminalis §. 16. Delictum est violatio legis poenalis libera. Quicunque igitur libere agere potest, potest delictum committere. Libere autem is agere dicitur, qui sponte praevia consultatione se ad actionem determinare potuit. Allg. Landrecht I. 3. §§. 1—3. 4. §. 3. 31. sqq.

[6]) Auch im Dienstverhältniß liegt eine Beschränkung der Freiheit; doch können nur zu erlaubten Geschäften Dienstboten gemiethet werden. Allg. Landrecht II. 5. §. 56.

Schlägt man die moralische Kraft eines Menschen zu gering an, mißt man den Einflüssen, die der That zum Grunde lagen, unrichtig eine zu große Gewalt bei, so gelangt man auf Abwege; aber eben so weit entfernt man sich von der Wahrheit, wenn man leugnen will, daß es im menschlichen Leben Zustände gebe, in denen das Vermögen der Ueberlegung so gehemmt ist, daß die That als das Product eines vollkommenen Willens nicht betrachtet werden kann. Die einzelnen Ursachen, welche die Zurechnung aufheben oder vermindern, kommen in den verschiedensten Formen vor, und haben aus diesem Grunde die vielen abweichenden Meinungen veranlaßt. Es ist hier der Ort, wo die Jurisprudenz, die Philosophie und Medicin sich berühren und oft vereint zu Rathe gezogen werden müssen, um den Zustand des Verbrechers zur Zeit, als er die That verübte, zu erörtern. Demungeachtet sind Irrthümer begangen, denn das menschliche Herz bietet, je nachdem sich eine Leidenschaft desselben bemächtigte, je nachdem Erziehung und Schicksale einzelne Züge unterdrückten und andere hervorhoben, und je nachdem Krankheiten des Körpers und Geistes ihren Einfluß übten, so verschiedene Seiten, daß in einzelnen Fällen kein irdisches Auge die ganze Tiefe ermessen kann. Aus diesem Grunde aber die ganze Lehre zu verwerfen, ist eben so thöricht, da sich das Gute nicht von der Hand weisen läßt, wenn gleich das Vollkommene unerreichbar bleibt. Nicht zu vergessen ist, daß die in der Sache liegenden Schwierigkeiten durch das Streben der akademischen Lehrer, etwas Neues aufzustellen, nur vermehrt sind. So findet z. B. der Professor J a r c k e die Freiheit in dem Wollen des sittlich Guten, oder in der Identität des menschlichen Willens mit

dem göttlichen Willen, wogegen er die Wahlfreiheit zwischen dem Guten und Bösen, welche angeblich der §. 16. im Sinn habe, mit Willkühr bezeichnet,[7]) was für die Jurisprudenz von keinem Resultate ist. — Es haben einige Kriminalisten versucht, die Ursachen der mangelnden Freiheit zu klassificiren und allgemeine Kategorien aufzustellen, allein im Grunde ist dies ein vergebliches Bemühen gewesen, da verschiedene Ursachen oft zu einem Begebniß zusammen wirken, und wiederum unter sich eine verschiedene Mischung enthalten, so daß kaum je, so lange es Verbrechen gegeben hat, in dieser Beziehung zwei gleiche Fälle aufgefunden werden können.[8]) Andere Kriminalisten haben, ebenfalls von dem Eifer zu klassificiren verleitet, verschiedene Grade der menschlichen Freiheit in Ansehung der Strafbarkeit der Handlungen aufgestellt, allein da die Fälle sich so verschieden gestalten und in einander verschlingen, läßt sich eine solche Theilung mit der Idee der Gerechtigkeit nicht vereinigen, abgesehen davon, daß solche bestimmte Stufen und Sonderungen in der physischen wie in der moralischen Welt überhaupt nicht vorkommen.[9])

Es war daher auch nicht die Absicht der Redactoren

---

[7]) Hitzigs Zeitschrift für die Kriminalrechtspflege. Diese Definition verliert ihren Gegenstand, indem sie Immoralität und Verbrechen vermischt, die ganz verschieden sind.

[8]) Klein Grundsätze des gemeinen deutschen peinlichen Rechts §. 132. Vergl. Abegg Lehrbuch der Strafrechtswissenschaft §. 89., welcher aber weit weniger speciell ist.

[9]) Kleinschrod systematische Entwickelung der Grundbegriffe und Grundwahrheiten des peinlichen Rechts, §§. 53. und 123. hat dergleichen Grade zu begründen versucht. Klein §. 132. hat dies unter Einschränkungen gebilligt. Hieraus erklärt es sich, was die Anmerkung zum §. 82. des Entwurfs unter den freieren Unterscheidungen versteht, welche bei den Graden der Moralität und den Imputation stattfinden.

hier feste Grade vorzuschreiben, sondern sie bestimmten allgemein:

daß Alles, was das Vermögen eines Menschen mit Freiheit und Ueberlegung zu handeln mehre oder mindere, auch den Grad der Strafbarkeit bedinge.

Hiernach entschied allein das richterliche Ermessen, und in der That gab es auch keinen anderen Weg. Schon bei der Revision des Entwurfs bemerkte man, daß hier dem Richter ein beträchtlicher Spielraum gelassen sey, allein man fürchtete damals weniger die zu große Milde als allzugroße Strenge, und daher wurde die Bestimmung eingeschoben:

daß unmündige und schwachsinnige Personen zwar zur Verhütung fernerer Vergehungen gezüchtigt, niemals aber nach der Strenge der Gesetze bestraft werden sollten.[10])

Die Einschaltung dieser Vorschrift erregte indeß später wieder Zweifel anderer Art, denn da nun eine Bestimmung rücksichtlich des Alters gegeben war, glaubte man, daß rücksichtlich der übrigen Altersstufen die ordentliche Strafe eintreten solle. Dies war indeß keinesweges beabsichtigt, wie sowohl aus der Einschaltung selbst, als aus dem Ort, an welchem sie stattfand, nämlich vor dem §. 18., und aus den Ausführungen der damaligen Juristen, mit hinreichender Sicherheit erhellt. Es stände überdies die Annahme, daß der Mensch mit einem bestimmten Tage in den Besitz seiner völligen Freiheit gelange, in zu herbem Widerspruch mit den Einrichtungen der Natur. Es wäre als-

---

[10]) Die peinliche Gerichtsordnung Carls V. enthielt im Artikel 164. die gleiche Bestimmung, nahm aber an, daß, wenn der Dieb nahe bei 14 Jahr alt wäre, die Bosheit das Alter erfüllen könnte.

dann das preußische Recht weiter gegangen, als Carls V. peinliche Gerichtsordnung, welche art. 179. verordnete:

Item wirt von jemandt, der jugent oder anderer gebrechlicheyt halben wissentlich seiner synn nit hett eyn ubelthatt begangen, das soll mit allem umstenden, an die orten unnd enden, wie zu ende diser unser ordnung angezeygt gelangen, unnd nach radt derselben und anderer verstendigen darinn gehandelt oder gestrafft werden.

Zu diesem Artikel machte de Böhmer in seinen meditationes folgende Betrachtung:

Bei allen Verbrechen gilt die Regel, daß bei der Anwenwendung von Strafen nachgeforscht werden muß, ob der Angeklagte geistig ausgebildet und des Vorsatzes fähig ist. Denn da es bei den Strafen hauptsächlich auf die Annahme der Zurechnung ankommt, und diese wieder in der Einsicht und dem Willen fußt, so muß bei der Anwendung der Strafen diese Ermittelung maßgebend seyn. Dies ist eine klare Vorschrift der Natur, der daher auch alle positiven Strafgesetze folgen. Wenn aber in irgend einer Lehre die natürlichen Gesetze eine besonders hohe Stelle einnehmen, so ist dies die Lehre von der Strafmilderung. Nur Weniges ist in dieser Hinsicht den natürlichen Gesetzen beizufügen, und auch dies Wenige muß mit Vorsicht und Maß aufgefaßt werden, damit es mit der natürlichen Anlage des Verbrechens in Einklang kommt, wie bei dem Artikel 164. rücksichtlich der Bestimmung der Mündigkeit geschehen war, die so wenig als feste Regel anzusehen ist, daß sie sogar unanwendbar erscheint, wenn im vorkommenden Falle nicht noch an-

dere Regeln hinzutreten, welche die Zurechnung voll machen.[11])

Ueberhaupt unterscheiden sich die bürgerlichen Angelegenheiten von den kriminellen dadurch, daß jene, als die minder wichtigen, leichter allgemeine Begriffsbestimmungen zulassen, diese dagegen ihrer größeren Erheblichkeit wegen schwerer von allgemeinen Regeln abhängig zu machen sind, und daß diese, wenn es deren giebt, durch das richterliche arbitrium den Verhältnissen angepaßt werden müssen. Dort folgen wir im Zweifel streng den Civilgesetzen, und weichen nicht leicht von den in Betreff der Minderjährigen und Großjährigen gegebenen Bestimmungen ab, ohne darauf Gewicht zu legen, daß diese oft schwachen, jene scharfen Verstandes sind. Denn gerade die klügsten Weiber bedienen sich des senatusconsulti Vellejani, und gerade die klügsten Minorennen berufen sich auf die Restitution. Dagegen muß in Kriminalsachen jede Regel, wie sie auch lauten mag, durch die natürliche Anlage, die Geisteskräfte oder das Urtheil des Handelnden begränzt, und nach den allgemeinen Vorschriften über die Zurechnung abgemessen werden. Von dieser Vorsicht liefert dieser Artikel einen sprechenden Beweis, indem er von der Milderung wegen noch nicht erlangter Geistesreife handelnd nichts Positives

---

[11]) Vergl. peinliche Gerichtsordnung Carls V. Artikel 164. Wo aber der dieb nahent bei vierzehen jaren alt wer, und der diebstall grofs oder obbestimpt beschwerlich umbstende so geverlich dabei gefunden würden, also dafs die bofsheyt das alter erfüllen möcht, so sollen Richter und urtheyler defshalb auch wie hernach gemelt radts pflegen, wie eyn solcher junger dieb an gut, leib oder leben zu straffen sey.

bestimmt, sondern nur das an die Hand giebt, was aus der Vernunft folgt, und was sich aus den Umständen und einer gewissenhaften Schätzung der Richter ergiebt.[12])

In derselben Weise drückt sich auch Klein dahin aus:

In Kriminalsachen können überhaupt nicht bloß die Jahre gezählt, sondern es müssen die Seelenkräfte geprüft werden.[13])

Dasselbe Lob, welches Böhmer dem Artikel 179. der peinlichen Gerichtsordnung zollt, verdient auch der §. 18. des preußischen Kriminalrechts, und man vermißt mit Unrecht eine Bestimmung über die Strafbarkeit solcher Personen, die das 14te Jahr zwar zurückgelegt, aber noch nicht völlige Geistesreife erlangt haben. Es steht nur bei dem Richter, in solchen Fällen mit allgemeiner Rücksicht auf die Größe des Verbrechens eine Strafe festzusetzen, wie sie sich mit seinem pflichtmäßigen Ermessen verträgt, eine schon im römischen Recht begründete Befugniß,[14]) von welcher die früheren preußischen Juristen öfters Gebrauch gemacht haben.[15])

---

[12]) de Böhmer meditationes in const. crim Carolin. ad art. 179. §. 1. Es zeichnet sich diese Darstellung durch Klarheit und Tiefe besonders aus, nur ist zu beklagen, daß eine unklassische Sprache das leichte Verständniß erschwert.

[13]) Klein Grundsätze des gemeinen deutschen peinlichen Rechts. §. 132. Note d. — Quistorp Grundsätze des deutschen peinlichen Rechts I. §. 52.

[14]) l. 108. D. 50. 17. de regulis juris. Fere in omnibus poenalibus judiciis et aetati et imprudentiae succurritur.

[15]) Vergl. Kleins Annalen der Gesetzgebung u. s. w. a) Gutachten wider die 17jährige Eva Tureck. Bd. VII. S. 209. b) Gutachten wider die Brandstifterin Maria Elisabeth Kalinowska, dem Klein selbst Beifall gab. Bd. XII. S. 65. c) Gutachten wider Krause und Wulf wegen Tödtung. Bd. XII. S. 299 flg.

In derselben Weise die Freiheit beschränkend, ist aus dem §. 18. eine über die Maßen hervortretende Leidenschaft anzusehn, und man hat ihr um so höhere Berücksichtigung zu schenken, je weniger sie in ihrem Ursprung auf einem unmoralischen oder der menschlichen Gesellschaft gefährlichen Grunde beruhte. Die römischen Gesetze verliehen ausdrücklich dem Vater, welcher seine Tochter mit ihrem Verführer bei der That überraschte, das Recht, eine doppelte Tödtung zu begehen, und milderten die Strafe des Ehemannes, der seine im Ehebruch betroffene Frau auf der Stelle getödtet hatte.[16]) Die peinliche Gerichtsordnung Carls V. hat im Artikel 150. mehrere Fälle aufgezählt, in denen die Zufügung des Todes gerechtfertigt erscheint. Sehr weise bestimmt sie auch hier:

> die nächst obgemelte fell alle haben gar vil underscheyd, wann die entschuldigung oder keyn entschuldigung auff jnen tragen, das alles zu lang zu schreyben und zu erklerenwer, unnd dem gemeinen mann auch irrig unnd ergerlich sein möcht, wo solches alles in diser ordnung solt begriffen werden.[17])

und de Böhmer, ihr Commentator, fügt noch hinzu, daß

[16]) l. 20. D. 48. 5. ad legem Juliam de adulteriis coërcendis. — Patri datur jus occidendi adulterum cum filia quam in postetatem habet. und l. 38. §. 8. loco citato, wo als Grund angegeben ist, cum sit difficillimum justum dolorem temperare.

[17]) Friedrich der Große stellte der Akademie die Frage: Giebt es nützliche Irrthümer, deren Aufklärung man zu hindern suchen muß? Mirabeau sagt hierüber: Mais ni les gens de lettres ne se distinguèrent à cette occasion, ni l'académie montra, qu'elle sentit l'importance de l'objet, sur lequel elle devoit prononcer. L'académie prononça comme une congrégation des capucins et non comme un congrès des philosophes. Esprit de Mirabeau Livre III. f. 206.

der Ursprung dieser Bestimmungen nicht sowohl im römischen Recht, als in den allgemeinen Vorschriften über den gerechten Schmerz, dem die menschliche Natur unterliege, gesucht werden müsse.

Ueberhaupt müssen dergleichen Fälle nach den Sitten des Landes beurtheilt werden, an welche sich öfters ganz besondere Folgen knüpfen. In dem allen Völkern germanischer Abkunft eigenthümlichen Begriff der Ehre lag die alte Parömie:

> Auf einen Bartgriff gehört eine Maulschelle, und auf eine Maulschelle ein Dolch.[18])

und auch in solchen die Ehre betreffenden Fällen würde der gerechte, die ruhige Ueberlegung hindernde Zorn eine besondere Berücksichtigung nach dem §. 18. nöthig machen.[19])

Bei einem jeden Verbrechen ist daher in Bezug auf das bestimmte individuum die Beantwortung der Frage:

> ob ein die Freiheit und Ueberlegung aufhebender oder beschränkender Umstand vorhanden, und wodurch derselbe veranlaßt war,

zur Anwendung der Strafe nöthig, und von dieser Seite haben sowohl die Juristen des gemeinen Rechts, als die früheren preußischen Richter die Sache angesehen.[20])

Was die §§. 19—21. des preußischen Kriminalrechts anlangt, so betreffen sie den Zwang auf der einen und

---

[18]) Eisenhart Grundsätze der deutschen Rechte in Sprüchwörtern, 1759 zuerst herausgekommen. Abth. V. No. 13.

[19]) Vergl. Carpzow practica nova rerum crim. P. I. qu. 30. No. 39. sqq., welcher dergleichen Fälle mehrere angeführt hat.

[20]) Kleins Annalen der Gesetzgebung u. s. w. Gutachten wider den Kaufmann Hebbe wegen Todschlags seines 5jährigen Sohnes. Bd. IX. S. 357. Diese Sache war im Jahre 1792 in Gegenwart Sr. Majestät, damaligen Kronprinzen, vorgetragen.

die Furcht auf der andern Seite. Wenn gleich die Civilgesetze bei der Zurechnung der Handlungen auf die eigenthümliche Beschaffenheit oder auf die Geisteskräfte der Personen keine Rücksicht nehmen, so war dagegen schon in dem Titel von den Handlungen vorgeschrieben, daß bei Verbrechen der Grad der Zurechnung nach den persönlichen Eigenschaften des Handelnden abgemessen werden solle.[21]) Diese auch schon im §. 18. liegende Bestimmung kommt nach der ausdrücklichen Vorschrift des §. 20. unter Berücksichtigung der Lage und Umstände zur Anwendung, um zu beurtheilen:

in wiefern der Bedrohete die Furcht zu überwinden und die Gefahr selbst abzuwenden vermögend gewesen sey.

Bestimmte Regeln lassen sich um deshalb nicht ertheilen, weil die Furcht auf die verschiedenen Gemüthsverfassungen verschieden einwirkt, und Alter, Geschlecht, Körperverfassung und selbst Erziehung vielfache Unterschiede bilden. Die römischen und canonischen Gesetze erforderten für gewöhnlich zu Constatirung der Furcht die Erwartung eines größeren Uebels, welches auch auf einen standhaften Menschen nicht ohne Einfluß bleibt,[22]) aber da sich im Kriminalrecht die Beurtheilung in jedem einzelnen Falle nach der Gemüths- und Leibesbeschaffenheit des Bedrohten richten muß, so kommt es hierbei hauptsächlich auf das Verhältniß an, in dem das Verbrechen mit dem zu befürch-

---

[21]) Allg. Landrecht I. 3. §. 25. und 26.

[22]) l. 5. und 6. D. 4. 2. quod metus causa gestum erit. — Metum autem non vani hominis, sed qui merito et in hominem constantissimum cadat, ad hoc edictum pertinere dicemus. Ferner Greg. I. 40. cap. 4. sqq. de his, quae vi metusve causa fiunt.

tenden Uebel steht, daher nach dem §. 21. die Furcht vor einem Schaden am Vermögen und vor Uebeln, die gehoben werden können, nicht die Zufügung eines unersetzlichen Schadens entschuldigte.

Auch der Zustand der Trunkenheit hebt das Vermögen der ruhigen Ueberlegung ganz oder theilweise auf. Da indeß die Wirkung geistiger Getränke schon bekannt ist, kommt es vor, daß sich Jemand nach schon gefaßtem Vorsatz betrinkt, um alle Gewissensscrupel zu ersticken, und die That verwegener zu begehen. Es ist daher zu unterscheiden:

> ob der Verbrecher sich nur die Ausführung des Verbrechens durch den Trunk erleichterte, oder ob die Trunkenheit allein den Anlaß zur Verübung des Verbrechens gab.

Im ersten Falle findet unbedenklich die ordentliche Strafe Anwendung, denn der absichtlichen Verhärtung gegen bessere Gefühle muß ein vollkommener Zustand der Freiheit vorausgegangen seyn, und diese vorsätzliche Unterdrückung der Stimme des Gewissens ist ein Beweis der erhöhten Immoralität.[23])

Nach dem §. 22. des preußischen Kriminalrechts soll es darauf ankommen:

> ob der Trunkene sich vorsätzlich oder aus grobem Versehen in den die Freiheit aufhebenden oder einschränkenden Zustand versetzt hatte, und ihm das begangene Verbrechen nach Verhältniß der Verschuldung angerechnet werden.

Die Fassung dieser Vorschrift macht es zweifelhaft, ob die

---

[23]) Vergl. Kleinschrod systematische Entwickelung der Grundbegriffe und Grundwahrheiten des peinlichen Rechts §. 108.

Worte nach Verhältniß der Verschuldung zunächst auf die Trunkenheit oder auf das in der Trunkenheit begangene Verbrechen zu beziehen sind, so daß sie den Grad der Trunkenheit in sich begreifen. Wäre ersteres beabsichtigt, so hätte ein Verbrecher, der sich vorsätzlich betrank, und sich also des Vermögens der Freiheit selbst beraubt, ordentlich bestraft werden müssen, was auch von den Juristen theilweis angenommen, von Böhmer aber bestritten war.[24]) Die Fassung dieser Vorschrift nach dem Entwurfe lautete:

§. 32. Wer sich durch Trunk oder auf andere Art selbst in Umstände versetzt hat, wo das Vermögen frei zu handeln aufgehoben oder eingeschränkt ist, dem wird das in solchen Umständen begangene Verbrechen allerdings zugerechnet,

und somit waren die Worte „vorsätzlich oder aus groben Versehen" und „nach Verhältniß dieser seiner Verschuldung" neu eingeschoben; außerdem war statt „in solchen Umständen" unter solchen Umständen gesetzt.[25])

Offenbar hielten die Revisoren die Bestimmung des

---

[24]) de Böhmer medit. in const. crim. Carol. ad art. 179. No. 10. Nam etsi praemeditatus ad Bachum sit accessus, non similis tamen huic est sceleris postea commissi perfectio, cum aliud sit, deliberato et dolose inebriari, et aliud durante ebrietate dolose delinquere. — Vergl. Kleinschrod systematische Entwickelung der Grundbegriffe und Grundwahrheiten des peinlichen Rechts. §. 114.

[25]) de Böhmer med. in const. crim. Carol. loco cit. — Ipsa poena variat in culposa ebrietate, pro gradu culpae commissae et quoties quis resistere potuit illecebris iniquis aliorum vel non, aut facultatem deserendi compotationem habuit vel non, in specie pro gradu laxiori vel remissiori ebrietatis, denique in ipsa executione sibi conscius fuit vel non.

Entwurfs für zu generell und wollten die Merkmale specieller angeben. Unter der Trunkenheit aus Vorsatz verstand man die ebrietas dolosa, deren schon Erwähnung geschehen, unter der Trunkenheit aus groben Versehen die ebrietas culposa, welche man nach dem §. 33. als ein Verbrechen aus Fahrlässigkeit characterisirte und mit dem §. 780. in Uebereinstimmung bringen wollte.

In der That muß die Revision des Entwurfs mit großer Eile vollendet seyn, da man die Lücken nicht fühlte, welche die theilweise Bestimmung einer Lehre nothwendig lassen muß. Auch wer sich aus mäßigem oder geringem Versehen betrinkt und in diesem Zustande Verbrechen begeht, kann nicht straflos seyn. Außerdem wird durch die Trunkenheit die Zurechnung mehrentheils nur eingeschränkt, allein eine eingeschränkte Zurechnung konnte nicht füglich nach Verhältniß der Verschuldung erfolgen, welche durch ein grobes Versehen veranlaßt wurde. Entweder mußte man die Lehre ausführen, oder den Entwurf bestehen lassen, der allgemein die Zurechnung für im Stande der Trunkenheit begangene Verbrechen verordnete, und dem richterlichen arbitrium durch die allgemein gültigen Vorschriften über die Zurechnung zu Hülfe kam.[26])

Endlich ist rücksichtlich der Feststellung des Zustandes der Freiheit oder Unfreiheit, in welchem ein Verbrechen begangen ist, seit langer Zeit die Frage streitig gewesen:

---

[26]) Vergl. Kleins Annalen der Gesetzgebung und Rechtsgelehrsamkeit u. s. w. Gutachten wider die Dienstmagd Sophie Elisabeth Schmerheim Bd. XI. S. 251., woselbst angenommen ist, daß im §. 22. auch die poena ordinaria bei völliger Gewißheit des corporis delicti dem richterlichen arbitrio überlassen sey. So vorzüglich auch die in den Annalen mitgetheilten Gutachten durchgängig sind, so geht anscheinend diese Annahme doch zu weit; indeß war es auch sehr leicht, diese Stelle zu mißdeuten.

ob man dem Verbrecher die Freiheit, oder ob der Verbrecher die mehr oder mindere Unfreiheit zu beweisen habe.

Ueber den innern Zustand eines Menschen ist eben seiner Freiheit oder der Möglichkeit wegen, seinen Willen in jedem Augenblicke anders zu bestimmen, die Aufnahme des Beweises nicht ausführbar.[27]) Es kann nur aus bewiesenen, unserer täglichen Erfahrung unterworfenen Umständen ein Rückschluß auf deren Ursache gebildet werden, und hieraus läßt sich verstandesgemäß die Regel entwickeln:

daß ein Mensch die Handlung, welche er beging, für gewöhnlich auch beabsichtigt habe.

Jedes Verbrechen wird aber erst durch den Willen strafbar, weil in diesem der eigentliche Grund der Rechtsverletzung liegt, und folglich muß, da Regeln niemals alle denkbaren Fälle umfassen,[28]) die Gerechtigkeit jenen Satz mit Vorsicht anwenden und nichts unterlassen, die Ausnahmen zu ermitteln und so viel als möglich festzustellen.

Die wirklichen Wahrheiten sind einfach, und deßhalb zu allen Zeiten empfunden. Hauptsächlich hat man nur in der Art und Weise geirrt, wie man sie in dem einzelnen Falle erforschte.

Wenn die Germanen des Mittelalters bei dem überwiegenden kirchlichen Glauben wähnten:

---

[27]) Vergl. Klein Grundsätze des gem. deutschen Rechts §. 117. und 118. Kleinschrod systematische Entwickelung u. s. w. Th. I. §. 25. Ein strenger Beweis des dolus ist nach beiden consequent nicht möglich. Diese Stellen erklären den §. 27.

[28]) Sachsenspiegel Lib. III. Art. 26. Glosse. Etliche sprechen dafs er es gethan durch bosheit, etliche sprechen dafs er es gethan hette one arges. Diesen Zweiffel sollen wir auslegen auff das beste.

daß Gott die Wahrheit unmittelbar aufklären werde, und deßhalb die Ordalien gründeten, so fühlten sie, daß das Verbrechen etwas Untheilbares sey, und über die Ermittelung der Schuld oder Unschuld oft Umstände entscheiden müßten, die dem Auge der Menschen verborgen blieben.[29]) Wenn ferner Leute von gleichem Stande und gutem Rufe eidlich bezeugten (conjuratores), daß der Angeklagte ihrer Meinung nach das Verbrechen nicht begangen haben könne, so hatte es hiermit gleiche Bewandniß. Obwohl dieses Mittel, wie sich nicht anders erwarten läßt, oft auf den richtigen Weg geleitet haben mag, so überzeugte man sich auch nach dem Sprüchwort

Wer von sieben sagt leugt gern

von dessen Trüglichkeit, daher es nach der Kammergerichtsordnung von 1555 außer Gebrauch kam.[30])

Unstreitig war es das der Regel nach sicherste Mittel zur Wahrheit, wenn der Angeklagte sich selbst für schuldig bekannte, und sein Bekenntniß mit den Umständen übereinstimmte. Aber man irrte wieder, indem man sich für berechtigt hielt, es auf grausame Weise zu erzwingen. Indem man das Verbrechen ermitteln, die Handlung und ihre Triebfedern erforschen wollte, hob man auf der andern Seite die Freiheit auf, und substituirte den Zwang.

---

[29]) Heineccius elementa juris Germanici Lib. III. Tit. 6. §. 183. Ponere aliquid in judicio dei nach der lex Longob. Vergl. Henke Grundriß einer Geschichte des deutschen peinlichen Rechts. S. 227.

[30]) Heineccius elementa juris Germanici. Lib. III. tit. 6. §. 214. Vergl. Eisenhart Grundsätze der deutschen Rechte in Sprüchwörtern 1759. Abtheilung 6. No. 20. Diese Art des Beweises der Unschuld hieß das besiebenen.

Die Ermittelung des Verbrechens und seiner Beweggründe war daher immer schwierig, und man hat so oft die Wahrheit verloren, als man von Grundsätzen ausging, die in ihrer Allgemeinheit unrichtig waren. Es läßt sich daher weder die Präsumtion der Freiheit noch der Unfreiheit aufstellen. Der Richter kann bei der Verschiedenheit der Fälle nicht nach bloßen Präsumtionen, sondern nur nach der besondern Beschaffenheit des ermittelten Falles urtheilen, und ergeben sich hierbei irgend Spuren eines unfreien Zustandes, so muß er ihnen nachgehen, und sie so viel als möglich klar machen.

Der §. 27. des preußischen Kriminalrechts enthält zwar die allgemeine Regel:

daß bei einem natürlich nothwendigen Erfolg der Handlung die Absicht sie zu begehen vermuthet werde,

aber diese Vermuthung können schon andere begründete Vermuthungen aufheben, und sie tritt erst im Mangel eines anderen Anhalts ein. Wer übrigens den Willen leugnet, leugnet die That,[31] und der Richter muß die Absicht nach psychologischen Erfahrungen ermitteln, wobei er sich, sobald Körperzustände in Betracht kommen, des Rathes der Sachverständigen bedienen mag. Ein Beweis durch Zeugen und Urkunden ist hierbei nicht möglich, aber die richterliche Ueberzeugung kann auch durch andere Argumente begründet werden.[32]

---

[31]) Vergl. Klein Grundsätze des gemeinen deutschen peinlichen Rechts. §§. 116. und 117. sqq.

[32]) Die Ueberzeugung von der Kugelform der Erde beruht auch nur auf Schlüssen, und ist darum nicht weniger sicher. Da aber stets mehrere Umstände in Betracht kommen, so muß auch der Mangel einer causa facinoris mit Rücksicht auf den bestimmten Fall erwogen werden. Eben so ist der Satz causa fatua excusat a dolo nicht absolut zu verwer-

Es kann daher principaliter nur aus einer sorgfältigen Prüfung des facti und erst, wenn diese nicht ausreicht, aus der im §. 27. aufgestellten Vermuthung Recht gesprochen werden, wie denn auch schon die peinliche Gerichtsordnung Carls V. im Art. 187. verordnete:

> Wo aber der beklagt der thatt bekennet unnd doch solche ursachen die jn von der thatt entschuldigen möchten, anzeygt, das selbig auch alle urkundt, Kundschafft, weisung, erfarung und erfindung derhalb, soll auch sovil sich inn demselben peinlichen gericht zu handeln gebürt und sunst alles wie obsteht beschriben werden.

Oft entscheidet, wie Böhmer bemerkt, der kleinste Umstand die Anwendung des Rechts auf den zur Beurtheilung kommenden Fall, und fallen dieses Strebens ungeachtet Irrthümer vor, so liegen sie in der allgemeinen Unvollkommenheit menschlicher Einrichtungen, und es giebt keine Justiz, und wird nie eine geben, die sich völlig frei davon halten würde.

VII.

Die außerordentliche Strafe.

Der Begriff der außerordentlichen Strafe läßt sich überhaupt nur negativ bestimmen, und es kommt darauf an, den Gegensatz der ordentlichen Strafe zu finden. Die

---

sen, wiewohl auch nicht als durchgreifende Regel aufzustellen. Am allerwenigsten passen für das Kriminalrecht dergleichen allgemeine Regeln, vor welchen die Römer ihr praktischer Sinn verwahrte, und deren unrichtige Entwickelung und Ausdehnung häufig zu irrigen Auslegungen Veranlassung gab.

Entwickelung dieses Gegensatzes verursachte die Verschiedenheit der Begriffsbestimmung zwischen Koch und Quistorp, indem ersterer sie in der Anwendung der Strafe auf das Verbrechen, poena quae extra ordinem imponitur, letzterer aber in der materiellen Bestimmung, poena quae legibus non est determinata, zu finden glaubte.[1])

Koch nämlich bemerkte in den institutiones juris criminalis, nachdem er die Bedingungen der ordentlichen Strafe angegeben hatte, über die außerordentliche:

§. 86. Si itaque delictum culpa commissum est, poena ordinaria locum non habet, sed pro vario culpae gradu a judice statuenda est poena extraordinaria.

§. 89. Conatus delinquendi, si lege consummationi non aequiparatur, extraordinaria poena irrogatur, ita tamen, ut inchoatum delictum gravius puniatur quam attentatum, utrobi autem respectu habito, quatenus in perficiendo delicto progressus sit.

und demnach läßt er sie eintreten:

1) bei Verbrechen aus Fahrlässigkeit,
2) bei dem Conat.

Das allgemeine Landrecht dagegen bestimmte Folgendes:

§. 31. Die im Gesetz bestimmte Strafe heißt die ordentliche und trifft in der Regel nur den, welcher das Verbrechen vorsätzlich begangen hat.

§. 32. Die nächste Strafe nach der ordentlichen wird dem zuerkannt, welcher zwar des bösen Vorsatzes nicht

---

[1]) Quistorp Grundsätze des deutschen peinlichen Rechts. Th. I. §. 72. Koch institutiones juris criminalis §. 74. b.

überführt ist, dem aber vor oder bei der That die gesetzwidrige Wirkung als eine unmittelbare Folge seiner Handlung nicht unbekannt seyn konnte.

§. 33. Hat das Gesetz die Strafe eines aus Fahrlässigkeit begangenen Verbrechens nicht ausdrücklich bestimmt, so wird von dem Richter eine außerordentliche Strafe nach den Grundsätzen des §. 29. festgesetzt.

§. 34. Findet nur eine außerordentliche Strafe statt, so kann dieselbe niemals bis zum Tode oder zur Ehrlosigkeit ausgedehnt werden.

§. 35. Wenn die Gesetze eine willkührliche Strafe verordnen, so darf dieselbe nicht über Gefängniß von 6 Wochen oder 50 Rthlr. Geldbuße ausgedehnt werden.

§. 39. Die ordentliche Strafe eines vorsätzlichen Vergehens trifft denjenigen, welcher dasselbe wirklich vollbracht hat.

§. 40. Hat der Thäter zur Vollziehung des Verbrechens von seiner Seite alles gethan; die zum Wesen der strafbaren Handlung erforderliche Wirkung aber ist durch einen bloßen Zufall verhindert worden: so hat er diejenige Strafe, welche der ordentlichen am nächsten kommt, verwirkt.

§. 41. Die nächste Strafe nach dieser trifft den, welcher durch einen bloßen Zufall an der letzten, zur Ausführung des Verbrechens erforderlichen Handlung gehindert wurde.

§. 42. Hat ein solcher Zufall schon die vorläufigen Anstalten zu der strafbaren Handlung unterbrochen: so wird die böse Absicht nach Verhältniß des Fortschrittes zur wirklichen Vollziehung geahndet.

§. 43. Wer aus eigener Bewegung von der Ausführung

des Verbrechens absteht, und dabei solche Anstalten trifft, daß die gesetzwidrige Wirkung gar nicht erfolgen kann; ingleichen der, welcher durch zeitige Entdeckung der Mitschuldigen und ihres Vorhabens die Ausführung dessen hintertreibt, kann auf Begnadigung Anspruch machen.

§. 44. Auch bloße Drohungen, ein gewisses Verbrechen begehen zu wollen, sind strafbar und verpflichten den Staat zu Maßregeln, wodurch der Bedrohete in Sicherheit gesetzt wird.

Der Begriff außerordentlicher Strafe wird hiernach so wenig als der Begriff der Freiheit aufgestellt, dagegen finden sich die Fälle angegeben, in denen eine andere als die ordentliche Strafe zur Anwendung kommen soll.

Selbst der Ausdruck „außerordentliche Strafe" findet sich im Entwurfe nur ein Mal in dem von Bestrafung fahrlässiger Verbrechen handelnden §. 33. Erst das revidirte Kriminalrecht hat sich dessen noch zwei Mal in den §§. 34. und 61. bedient.[2])

Nach jenen Vorschriften bleibt, wie bei Koch, die ordentliche Strafe ausgeschlossen:

1) bei Verbrechen aus Fahrlässigkeit,

2) bei dem Conat.

Andere Fälle bieten

3) die Lehre vom dolus indirectus;

4) die Theilnahme an einem Verbrechen, wenn der zu demselben geleistete Beistand dasselbe beförderte, zu

---

[2]) Der §. 61. lautet:
Wenn der Verbrecher nach vollbrachter That die schädliche Wirkung derselben ganz oder zum Theil sogleich aus eigenem Antriebe verhindert hat; so findet nur eine außerordentliche Strafe statt.

der eigentlichen Ausführung jedoch nicht nothwendig war §. 72.;

5) wenn Jemand einen Andern durch Trunk oder sonst in Umstände setzte, daß derselbe das Vermögen mit Freiheit und Ueberlegung zu handeln verlor, wegen des dadurch veranlaßten Verbrechens §. 78.;

6) wenn Jemand ein bestimmtes Verbrechen, welches er durch Anzeige bei der Obrigkeit oder durch Benachrichtigung des Bedroheten verhindern konnte, wissentlich geschehen ließ §§. 80—82.;

7) wenn Jemand an den Vortheilen eines Verbrechens nach dessen Ausführung wissentlich und freiwillig Theil nahm §. 83.

Bevor auf diese einzelnen Fälle überzugehen ist, bedarf es noch einiger allgemeinen Bemerkungen über die Natur dieser Strafe nach dem allgemeinen Landrecht.

Ueberhaupt lag dem preußischen Recht die Ansicht zum Grunde, daß die außerordentliche Strafe, als eine nicht im Gesetz bestimmte, poena arbitraria, sey. Es war dies die zur damaligen Zeit in den Gerichtshöfen recipirte und auf Carpzow's Autorität beruhende Meinung, die mit dem römischen Recht übereinstimmte, in welchem der gleiche Grundsatz ausgesprochen war.[3]) Es hatte dies zur Folge, daß man sich an denjenigen Orten, bei welchen man die Willkühr des Richters leiten wollte, anderer Ausdrücke bediente, und daraus erklärt es sich, daß der Ausdruck außerordentliche Strafe so selten vorkommt, und für andere

---

[3]) l. 13. §. 3. D. 48. 19. de poenis. — Carpzow practica nova rerum criminalium qu. 133. de arbitrariis seu extraordinariis poenis. Quistorp Grundsätze des deutschen peinlichen Rechts. Th. I. §. 72. in fine.

Fälle als für den Conat, den dolus indirectus, bei der freiwilligen Theilnahme an den Vortheilen nach der Ausführung, so wie bei der arbiträren Strafe im Allgemeinen andere Ausdrücke gewählt wurden, die das Verhältniß oder den Maßstab der Anwendung leidenden Strafe näher ausdrückten. Daß aber dies wirklich herrschende Ansicht war, ergiebt sich

a) aus dem von der Bestrafung fahrlässiger Verbrechen selbst handelnden §. 33., welcher in Betreff derselben auf den §. 29. (§. 39. des Entwurfs) zurückweist;

b) aus dem Register zum allgemeinen Landrecht, in welchem der Begriff der außerordentlichen Strafe dahin bestimmt ist:

wenn die ordentliche, d. h. die im Gesetz bestimmte Strafe nicht, sondern eine andere eintritt, was bei jeder arbiträren Strafe der Fall ist.

c) aus anderen Gesetzesstellen, die darauf hinweisen.

So wird z. B. dadurch der §. 79. Tit. 35. Th. I. der Allg. Ger. Ordnung erläutert, welcher festsetzt:

Ist die ordentliche Strafe des denunciirten Vergehens eine Leibesstrafe, so muß der Richter die außerordentliche in einer gelinderen Gattung und von längerer Dauer bestimmen, doch soll eine dergleichen willkührliche Strafe niemals über 8 Wochen Gefängniß ausgedehnt werden.

Es beweist diese Stelle, daß man, wie der Verfasser des Gutachtens wider die Brandstifterin Schneider [4]) die außerordentliche Strafe als willkührliche, das heißt arbiträre

---

[4]) Klein Annalen u. s. w. Gutachten wider die Brandstifterin Schneider. Bd. VI. S. 195. Gutachten wider die Ehefrau Machetta Bd. 14. S. 67.

qualificirte, obwohl durch die Verordnung vom 11. November 1838 versucht wurde, diese Stelle durch eine Declaration mit den bei der Revision des Kriminalrechts eingeschalteten Paragraphen in Uebereinstimmung zu bringen.

Da indeß das preußische Recht in späterer Zeit und namentlich in Folge der Kriminalordnung die außerordentliche Strafe als etwas besonderes behandelte, und ein Unterschied in der That auch darin begründet ist, daß bei dieser Strafe die ordentliche Strafe des gleichen Vergehens im Auge behalten werden muß, war die arbiträre Strafe in dem folgenden Abschnitt getrennt zu behandeln, daher hier nur die angeführten Fälle in Betracht kommen.

1) Bei der Begriffsbestimmung fahrlässiger Verbrechen ergiebt sich eine bemerkenswerthe Verschiedenheit zwischen dem Entwurf und der Revision. Der Entwurf verordnete im §. 58.:

> Hat der Handelnde die Uebertretung des Strafgesetzes nicht zur Absicht gehabt, er hätte aber die gesetzwidrigen Folgen bei Anwendung einiger Aufmerksamkeit und Nachdenkens voraussehen können, so ist das Verbrechen aus Fahrlässigkeit begangen.

Das revidirte Kriminalrecht veränderte diese Bestimmung im §. 38. dahin:

> Wer bei Uebertretung des Strafgesetzes zwar die gesetzwidrige Folge seiner Handlung nicht wirklich vorausgesehen hat, aber doch bei gehöriger Aufmerksamkeit und Ueberlegung hatte voraussehen können; der hat sich eines Verbrechens aus Fahrlässigkeit schuldig gemacht.

Die Freiheit erscheint an sich als etwas Passives, aber sie wird activ, wenn sie in den Willen das Verbrechen zu

begehen, den rechtswidrigen Vorsatz übergeht. Daher bestimmen die §§. 26. und 27. des allgemeinen Landrechts:

§. 26. Wer absichtlich etwas thut oder unterläßt, wodurch Jemand gegen die Vorschrift eines Strafgesetzes beleidigt wird, der begeht ein vorsätzliches Verbrechen.

§. 27. Ist die Handlung so beschaffen, daß der gesetzwidrige Erfolg nach der allgemein oder dem Handelnden besonders bekannten natürlichen Ordnung der Dinge nothwendig daraus entstehen mußte; so wird vermuthet, daß das Verbrechen vorsätzlich sey unternommen worden.

Die Fassung des Entwurfs im §. 38. bildete den Gegensatz zum §. 26., und erklärte es für die Hauptsache, wenn Jemand einen Andern durch fahrlässige Uebertretung eines Strafgesetzes beleidigt habe, der revidirte Paragraph dagegen bezog sich auf den §. 27. und setzte die Fahrlässigkeit in den Umstand, daß Jemand die Folgen seiner Handlung nicht vorausgesehen habe.

Die Lehre von der culpa hat im Kriminalrecht zu einer großen Verschiedenheit der Meinungen Anlaß gegeben,[5]) wiewohl sie im Grunde weniger verwickelt ist, als sie scheint.

Es ist natürlich, daß wenn eine Handlung ihrer Schädlichkeit wegen unter Strafe verboten ist, das Gesetz eben sowohl die fahrlässige als die vorsätzliche Uebertretung hin-

---

[5]) Vergl. Kleinschrod systematische Entwickelung der Grundbegriffe und Grundwahrheiten des peinlichen Rechts. Th. I. §. 26. sqq. Stübel System des allg. peinlichen Rechts Th. II. §. 279. sqq., welche auch die Litteratur enthalten. Meister principia juris crim. §. 38. stellt folgenden Begriff auf: Culpa consistit in omissione debitae negligentiae absque tamen proposito, id quod legi contrarium est efficiendi.

dern will, da beide in der Wirkung übereinkommen, wenn gleich erstere im geringeren Grade strafbar ist.

Lautete z. B. das Gesetz: „Niemand soll einen andern tödten," so läge, da die subjective Größe des Verbrechens sich nach der Immoralität des Individuums richtet, die höhere Strafbarkeit in der vorsätzlichen, die geringere in der fahrlässigen Tödtung.[6]) So gut wie aber ein doloses Verbrechen nicht vollendet zu seyn braucht, so gut könnte dies auch bei einem culposen der Fall seyn, und es müßte daher in jedem Falle der Vorsatz sowohl als die Nachläßigkeit die Handlung selbst, und nicht bloß deren Folgen betreffen, die oft auf wunderbare Weise gut ablaufen können.[7]) Auf der andern Seite kann indeß eine Fahrlässigkeit nur aus den Folgen der Handlung beurtheilt werden. Niemand vermag ohne diese anzugeben, wo die Geschicklichkeit aufhört und die Wahrscheinlichkeit einen Andern durch Nachlässigkeit zu beinträchtigen anfängt, und da jedes Gesetz danach streben muß, auch die Ausführung möglich zu machen, erscheint schon um deßhalb der Grundsatz, daß es bei fahrlässigen Verbrechen nur auf die Folgen der Handlung ankomme, völlig gerechtfertigt.

Die Strafe fahrläßiger Verbrechen war nach dem §. 33., sofern sie nicht ausdrücklich im Gesetz bestimmt war, eine

---

[6]) Peinliche Gerichtsordnung Art. 146. Aber dannocht ist merbarmherzigkeit bei solchen entleibungen die ungeverlich aus geylheit oder unvorsichtigkeyt doch wider des thatters willen geschehen zu haben, dann was arglistig und mit willen geschicht.

[7]) de Böhmer medit. ad constit. crim. Carol. ad art. 178. §. 2. Kleinschrod systematische Entwickelung der Grundbegriffe und Grundwahrheiten des peinlichen Rechts Th. I. 36., bestreiten die Möglichkeit eines culposen Versuchs.

außerordentliche, zugleich aber auch poena arbitraria, indem sie nach dem §. 29. abgemessen werden sollte, welcher bestimmt:

Je natürlicher und gewöhnlicher der gegenseitige Erfolg aus der Handlung entsteht; je leichter der Handelnde diesen Zusammenhang hat voraussehen können; und je gefährlicher und unerlaubter die Handlung an sich ist, aus welcher der Schade, obschon wider seinen Willen, entsteht; desto mehr muß die dabei begangene Fahrlässigkeit bestraft werden.

Daß der §. 33. durch drei von andern Gegenständen handelnde Paragraphen von diesem §. 29. getrennt ist, erklärt sich aus der Revision, bei welcher die §§. 30. u. 32., welche diese Zerstückelung veranlassen, eingeschoben wurden.

2) Was den Conat anlangt, so wird in Ansehung der Strafbarkeit in folgenden fünf Paragraphen ein fünffacher Unterschied gemacht.

§. 40. Hat der Verbrecher zur Vollziehung des Verbrechens von seiner Seite alles gethan; die zum Wesen der strafbaren Handlung erforderliche Wirkung aber ist durch einen bloßen Zufall verhindert worden: so hat er diejenige Strafe, welche der ordentlichen am nächsten kommt, verwirkt.

§. 41. Die nächste Strafe nach dieser trifft den, welcher durch einen bloßen Zufall an der letzten zur Ausführung des Verbrechens erforderlichen Handlung gehindert wurde.

§. 42. Hat ein solcher Zufall schon die vorläufigen Anstalten zu der strafbaren Handlung unterbrochen: so wird die böse Absicht nach Verhältniß des Fortschrittes zur wirklichen Vollziehung geahndet.

§. 43. Wer aus eigener Bewegung von der Ausführung des Verbrechens absteht, und dabei solche Anstalten trifft, daß die gesetzwidrige Wirkung gar nicht erfolgen kann; ingleichen der, welcher durch zeitige Entdeckung der Mitschuldigen und ihres Vorhabens die Ausführung dessen hintertreibt, kann auf Begnadigung Anspruch machen.

§. 44. Auch bloße Drohungen ein gewisses Verbrechen begehen zu wollen, sind strafbar, und verpflichten den Staat zu Maßregeln, wodurch der Bedrohete in Sicherheit gesetzt wird.[8])

Auch über den Conat waren die Meinungen der älteren Rechtslehrer vielfach verschieden, wenn gleich übereinstimmend in dem Punkte, daß die Strafe der Unternehmung nicht der des vollendeten Verbrechens gleichkommen dürfe.

Gewöhnlich wurden zwei Grade, conatus proximus und remotus (delicta inchoata und attenta), angenommen, doch unterschieden Mehrere noch den Fall, in welchem der Verbrecher von seiner Seite Alles gethan hatte, und nur der Erfolg durch einen hinzutretenden Zufall der Handlung nicht entsprach. In diesem Falle hielt z. B. de Böhmer nach der peinlichen Gerichtsordnung die Anwendung der ordentlichen Strafe unter Umständen für gerechtfertigt, worin ihm Koch widersprach.[9])

---

[8]) Nur der §. 44. ist aus dem Entwurfe (§. 50.) ungeändert übergegangen. Die übrigen Abänderungen sind größtentheils unwesentlich, z. B. die zum Wesen der strafbaren Handlung erforderliche Wirkung statt „Erfolg" im §. 40. Durchgreifend verändert ist nur der §. 43., welcher im Entwurfe hieß: (§. 49.)

Gelinder wird derjenige gezüchtigt, der ein schon veranstaltetes Verbrechen aus eigener Bewegung unterlassen hat.

[9]) de Böhmer meditationes ad const. crim. Carol. ad

Diesen Fall hob daher das preußische Recht im §. 40. besonders hervor, und schloß zwar durch seine Bestimmung die Anwendung der ordentlichen, nicht aber wie Koch die Anwendung der Todesstrafe aus. Dem conatus proximus sollte der §. 41., dem conatus remotus oder den delictis attentatis der §. 42. entsprechen. Hiervon trennten indeß noch mehrere Rechtslehrer den Fall, wenn der bereuende Verbrecher aus eigener Bewegung von der Ausführung des Verbrechens Abstand genommen hatte.[10]) Wenn gleich nicht alle so weit gingen als Koch, welcher in diesem Falle die Freisprechung für gerechtfertigt hielt, so wurde es doch allgemein als ein wesentlicher Milderungsgrund angesehen.[11]) Nachdem auch demgemäß im Entwurf zum preußischen Kriminalrecht eine gelindere Bestrafung vorgeschrieben war, wurde bei dessen Revision dem Angeschuldigten ein Anspruch auf Begnadigung verliehen.

---

art. 178. §. 9. und Koch institutiones juris criminalis §. 89. Id autem legibus contrarium puto, statuere, eum, qui quantum in se fuit crimen perficere annisus est, ordinaria poena, si capitalis est, adficiendum esse. Hierauf beruhete der Unterschied zwischen delictum consummatum, vollbracht auch in Ansehung der Wirkung und perfectum, vollendet in Ansehung der That. Vergl. Meister principia juris criminalis §. 37. und Klein Grundsätze des gemeinen deutschen peinlichen Rechts §. 145.

[10]) Vergl. Kleinschrod systematische Entwickelung der Grundbegriffe und Grundwahrheiten des peinlichen Rechts Th. I. §. 42. und Feuerbach Lehrbuch des peinlichen Rechts §. 42.

[11]) Koch institutiones juris criminalis §. 89. nota 1. Regulariter is, qui delictum attentavit idque impleri potuit, sed propria poenitentia motus non consummavit, suffragio justae poenitentiae absolvendus est. Vergl. Carpzow practica nova rerum crim. P. I. qu 18. No. 22. — de Böhmer meditationes ad const. crim. Carol. ad art. 178. §. 13. Quistorp Grundsätze des deutschen peinlichen Rechts Th. I. §. 106. — Klein Grundsätze des gemeinen deutschen peinlichen Rechts §. 153.

Offenbar hat man hiermit die Milderung der Strafe, welche mit den übrigen Ansichten des preußischen Rechtes übereinstimmte, nicht aufheben, sondern nach einem von de Böhmer angeführten Beispiele noch einen Schritt weiter gehen wollen, und es ist zu bedauern, daß gerade bei der Revision des Entwurfs öfters ungenaue Ausdrücke gebraucht worden sind, die über den eigentlichen Sinn der Vorschriften Irrthümer verbreitet haben.

Es waren endlich auch die Drohungen, ein Verbrechen begehen zu wollen, von Klein der Lehre von den unternommenen Verbrechen beigesellt, und nach dieser Ansicht im preußischen Kriminalrecht §. 44. aufgeführt.[12]) Aus dieser Stellung folgt von selbst, daß die Drohung wie jeder Conat ein für den Fall bestimmtes Verbrechen betreffen, und mindestens die Eigenschaft einer Willenserklärung haben muß, in welcher Form sie zuerst in das Gebiet der äußeren Handlungen tritt, indem wenn der Wille frei, ernstlich und zuverläßig erklärt ist, der Satz cogitationis poenam nemo patitur ausgeschlossen bleibt. Es ergiebt sich auch ferner, daß zur Anwendung der Strafe die Gefährlichkeit der Drohungen nicht in Betracht kommen kann, und wenn man auf die §. 531. sqq. und §. 1535. zum Erweis des Gegentheils Bezug nehmen will, so vergißt man, daß dort, wo allgemeine Bestimmungen über Privatverbrechen gegeben werden, nicht von einem Conate, son-

---

[12]) Klein Grundsätze des gemeinen deutschen peinlichen Rechts §. 151. Quistorp Grundsätze des deutschen peinlichen Rechts Th. I. §. 177., sagt ebenfalls: daß der, welcher einzelnen Personen Unglück drohe, am meisten nach den Begriffen von versuchten Verbrechen zu bestrafen sey. Vergl. de Böhmer medit. ad const. crim. Carol. ad art. 178. §. 3. und Carpzow practica nova rerum crim. P. I. qu. 37. de diffidationibus et monitationibus.

dern von dem sogenannten Landzwange die Rede ist, welcher allerdings gefährliche Drohungen (minae atroces) voraussetzte, und verwechselt folglich zwei ganz verschiedene Dinge. — Eben so wenig begründet ist die Meinung, daß es zur Bestrafung der Drohungen an einem bestimmten Strafgesetz fehle, indem es für poena arbitraria gleichgültig ist, ob die Strafe ausdrücklich oder stillschweigend dem Ermessen des Richters überlassen war.

3) Ueber den indirecten Vorsatz enthielten die allgemeinen Vorschriften des Entwurfs keine Bestimmung, sondern es wurde der denselben betreffende §. 32.

> Die nächste Strafe nach der ordentlichen wird dem zuerkannt, welcher zwar des bösen Vorsatzes nicht überführt ist, dem aber vor oder bei der That die gesetzwidrige Wirkung als eine unmittelbare Folge seiner Handlung nicht unbekannt seyn konnte,

erst bei der Revision desselben eingeschaltet. Es war indeß die Lehre vom dolus indirectus, dolus eventualis, einwilligende Schuld u. s. w. zu jener Zeit so bestritten, daß der Entwurf sich nothwendig für die eine oder die andere Meinung entscheiden mußte. Man begriff unter dem von Nettelbladt erfundenen dolus indirectus den Fall, in welchem Jemand eine Handlung mit Bewußtseyn und in einem völlig freien Zustande beging, sich aber nicht annehmen ließ, daß er den Erfolg, der daraus entstehen mußte, ebenfalls gewollt habe.[13]) Offenbar ist die Zusammenstellung des dolus mit dem Beiworte indirectus fehlerhaft, da jede Absicht eine bestimmte Willensthätigkeit voraussetzt. Die Sache begreift daher nur diejenigen Fälle,

---

[13]) Nettelbladt diss. de homicidio ex intentione directa commisso. Halae 1756.

in welchen sich dolus und culpa berühren, und bei den verschiedenen Theilen, aus denen das Verbrechen besteht, so ineinandergreifen, daß es, da man die eigentliche Beschaffenheit der Willensthätigkeit des Handelnden nicht kennt, schwer wird, sich für den ersteren oder die letzteren zu entscheiden.[14]) Uebrigens war die ganze Lehre fast allein beim homicidium praktisch, woselbst sie auch Koch behandelte.[15]) Eben weil die Absicht niemals erwiesen werden kann, und es doch lediglich auf diese ankam, mußte die Theorie vom dolus indirectus nothwendig in der Praxis höchst schwankend werden. Leyser stellte daher im specimen 603. den Satz auf:

daß die Eintheilung in den animus occidendi directus oder indirectus weder nützlich noch hinreichend bestimmt sey,

und suchte auszuführen, daß der letztere in nichts Weiterem als dem animus nocendi bestehe, wodurch, wenn man diesen zur Strafe des Todschlags für hinreichend hielt, factisch fast alle Schwierigkeiten vermieden wurden.[16]) Dieser Meinung folgte der Entwurf im §. 674.:

---

[14]) Die Meinungen darüber, ob es eine indirecte Absicht gebe, sind äußerst verschieden. Kleinschrod in der systematischen Entwickelung der Grundbegriffe und Grundwahrheiten des peinlichen Rechts. I. §. 18. sqq. §. 20. vertheidigt die Möglichkeit eines dolus indirectus, wenn er gleich selbst diese Eintheilung des Schwankenden und Unbestimmten wegen fortwünscht. — Anderer Meinung ist Feuerbach in seinem Lehrbuche des peinlichen Rechts. — Klein ist ebenfalls dagegen. Annalen der Gesetzgebung und Rechtsgelehrsamkeit Bd. 4. S. 78. Wieder andere Eintheilungen haben neuere Kriminalisten, als Abegg Lehrbuch der Strafrechtswissenschaft §. 84.

[15]) Koch institutiones juris criminalis §§. 439. und 440. Eine vorzügliche Darstellung enthält das Gutachten wider Paul Wiera in Kleins Annalen u. s. w. Bd. 12. S. 173 sqq.

[16]) Leyser meditationes ad pandectas specimen 603. Ac-

Wer in der Absicht einen andern zu beschädigen solche Handlungen unternimmt, woraus nach dem natürlichen und gewöhnlichen Lauf der Dinge der Tod desselben erfolgen konnte, und ihn dadurch wirklich tödtet, der hat als ein Todschläger die Strafe des Schwerdts verwirkt,

und vermied, indem er nur animus nocendi erforderte, die ganze Kontroverse, welche der §. 32. des revidirten Landrechts mit ihrer Ungewißheit wieder in das Leben rief. Fast unerklärlich bleibt es hierbei, weßhalb man nicht auch die Lehre vom Todschlag einer entsprechenden Aenderung unterwarf und sich auf die Einschaltung des §. 815. beschränkte, der mit dem §. 32. und dem dolus indirectus in Verbindung steht.[17]) Aus diesem Grunde wird in demselben die Absicht zu tödten vorausgesetzt, und so mit dem §. 806., der nur animus nocendi erheischte, ein Widerspruch erzeugt, der auf diese Weise zwar erklärt aber nicht gehoben werden kann. Außerdem hätte der §. 32., consequent durchgeführt, noch auf andere Lehren influiren, und z. B. beim Duell die Strafe des Todschlags, welche der §. 671. bestimmt, ausschließen müssen, indem hier animus occidendi in den wenigsten Fällen vorhanden ist. Ebenso ist es bei der Aussetzung der Kinder an einem einsamen

curatius et cum lege loquuntur qui animum occidendi indirectum, animum seu voluntatem nocendi appellant. Dagegen ist Koch institut. juris criminals §. 441.

[17]) Der §. 815. lautet:

Ist es jedoch in den Fällen des §. 811. bis 814. nach den vorwaltenden besonderen Umständen wahrscheinlich, daß der Thäter dennoch die Absicht zu tödten nicht gehabt habe, so soll zehnjährige bis lebenswierige Zuchthaus- oder Festungsstrafe an die Stelle der Todesstrafe treten.

Orte, §. 969., wodurch deren Tod veranlaßt wurde, bei dem ursprünglichen System verblieben. [18])

Es geht aus dem Gesagten wie aus andern Beispielen zur Genüge hervor, daß die Revision des Entwurfs im Kriminalrecht mindestens sehr beeilt worden ist, und man wahrscheinlich bei der Darstellung des dolus indirectus einem neueren Schriftsteller, vermuthlich Quistorp in seinen Grundsätzen des deutschen peinlichen Rechts folgte, woselbst er im §. 35. mit dem §. 32. übereinstimmend sagt: [19])

Ein Verbrechen, das in dem Vorsatz seines Urhebers gegründet ist, hat derselbe entweder in seinem ganzen Umfange und dergestalt, wie es wirklich entstanden ist, gewollt oder nicht. In dem letzteren Falle, wenn einer das Verbrechen nicht in dem Maße gewollt hat, wie es wirklich entstanden ist, muß man dahin sehen, ob die Folgen, welche der Verbrecher nicht vorhergesehen hat, nothwendig mit dem Verbrechen verbunden waren, dergestalt, daß sie der Verbrecher, wo nicht wirklich vorhergesehen, doch wenigstens vorhersehen können und müssen, oder ob die von dem Verbrecher nicht vorhergesehenen Folgen nur zufällig damit verbunden waren. In dem ersten Falle sagt man, daß der Verbrecher wenigstens den entfernten Vorsatz, dolum

---

[18]) Der §. 969 lautet:
Hat die Mutter ein lebendiges Kind an einem Orte, wo es nicht leicht gefunden werden kann, ausgesetzt oder aussetzen lassen, so hat sie, wenn der Tod des Kindes dadurch verursacht worden, die Strafe des Schwerdtes verwirkt.

[19]) Eben so sind bei dem §. 815. wahrscheinlich Quistorps Grundsätze des deutschen peinlichen Rechts §. 223. berücksichtigt. Ganz besondere Eigenschaften nimmt de Böhmer in seinen meditationes ad const. crim. Carol. ad art. 137. für den dolus occidendi indirectus in Anspruch.

indirectum, gehabt habe, und es kann deßhalb nach der Regel die ordentliche Strafe des Verbrechens statt finden. In dem andern Falle, und wenn die entstandenen Folgen des Verbrechens nur zufällig mit demselben verbunden waren, welches in zweifelhaften Fällen billig zu vermuthen ist, wird das Verbrechen nur für ein solches gehalten, das sich in der Nachlässigkeit seines Urhebers gründet, und diejenigen Grundsätze, die von den vorsätzlichen Verbrechen sonst gelten, sind nicht zur Anwendung zu bringen.

4) Eine außerordentliche Strafe tritt ferner, wie schon bei der ordentlichen Strafe gezeigt ist, in den Fällen der §§. 72. und 76. ein:

wenn nehmlich der von einem Theilnehmer geleistete Beistand zur Ausführung des Verbrechens vörderlich jedoch nicht nothwendig, oder wenn in dieser Art ein bestimmter Rath ertheilt worden war.

Hiermit stimmte das gemeine Recht überein, und die Strafe war sowohl in diesem als nach preußischem Recht eine poena arbitraria, wenn gleich bei deren Abmessung die ordentliche Strafe des Verbrechens berücksichtigt werden muß.[20]) Bei der Theilnahme durch bestimmten Rath kam es darauf an, ob ohne diesen Rath das Verbrechen nicht so verübt werden konnte, wie es in der That verübt war, denn in diesem Falle trat wie in dem Falle des von der

---

[20]) Koch institutiones juris criminalis. — Quistorp Grundsätze des deutschen peinlichen Rechts. §. 55. — de Böhmer meditationes ad constitutionem criminalem Carolinam ad art. 177. §. 2. Man hatte für diese Art der Theilnahme verschiedene Bezeichnungen als: socius sive causa adjuvans, vel non principalis im Gegensatz von principalis, concursus minus plenus im Gegensatz von concursus plenus.

nothwendigen Theilnahme handelnden §. 71. die ordentliche Strafe ein. Es könnte dies, wie wohl es aus dem Zusammenhange selbst entnommen werden muß, nur durch die Verweisung des §. 76. auf den §. 72. zweifelhaft werden, aber dergleichen Verweisungen sollen nur die Interpretation erleichtern, ohne sie zu erschöpfen, und der dem §. 76. entsprechende §. 69. des Entwurfs nimmt auch auf beide Paragraphen ausdrücklichen Bezug.[21]) Daß aber diese nicht nothwendige Theilnahme in mehreren Beziehungen durch die eingeschobenen §§. 73. und 74. eingeschränkt wurde, ist schon bei der ordentlichen Strafe in der Darstellung der Autorschaft gezeigt.

5) Wie Jemand beurtheilt werden müsse, der im Zustande der Trunkenheit ein Verbrechen beging, ist bereits in dem Abschnitt von der Freiheit erwähnt; es bleibt jedoch noch die Frage übrig, wie derjenige zu strafen sey, welcher durch Verleitung zum Trunk zu dem Verbrechen Veranlassung gab. Geschah diese Verleitung nicht allein mit Vorsatz, sondern auch mit Rücksicht auf ein bestimmtes Verbrechen, welches von dem Verleiteten begangen werden sollte, so fand hier ein Act der Theilnahme statt, der nach den Umständen in eine intellectuelle Autorschaft nach dem §. 67. übergehen konnte, wenn nämlich der Verführer den unfreien Zustand des Andern zur Verübung des Verbrechens benutzte. War indeß die Absicht nur allgemein auf ein Verbrechen gerichtet, oder lag der vorsätzlichen Verleitung zum übermäßigen Trunk eine grobe Fahrlässigkeit, welche immer anzunehmen seyn würde, zum Grunde, so trat die extra-

---

[21]) Derselben Meinung ist auch de Böhmer med. ad const. crim. Carol. ad art. 177. 5. Man unterschied consilium instructivum und simplex Koch inst. jur. crim. §. 46.

ordinäre und zugleich arbiträre Strafe nach dem §. 79. ein, welcher dahin lautet:

Die Absicht, welche der Verführer bei seinem Vornehmen gehabt hat, und die mehrere oder mindere Wahrscheinlichkeit des daraus zu besorgenden schädlichen Erfolgs bestimmen die Art und den Grad der Strafe.

6) Ein schon begangenes Verbrechen braucht von denjenigen, die davon Wissenschaft erhalten haben, nicht angezeigt zu werden. Nur auf Erfordern des Richters mußte ein Jeder im Staate bei Vermeidung einer angemessenen Ahndung Alles mittheilen, was ihm in Bezug auf ein zu untersuchendes Verbrechen und den Thäter bekannt war, mit Ausnahme derjenigen Personen, welche nicht zum Zeugniß gezwungen werden können. Dagegen ist es Bürgerpflicht, ein noch nicht zur Ausführung gekommenes Verbrechen, durch welches Jemand einer erheblichen Gefahr ausgesetzt werden kann, entweder durch die Anzeige bei der Obrigkeit, oder durch Benachrichtigung des Bedrohten, oder sonst soweit es ohne eigene oder eines Dritten beträchtliche Gefahr geschehen kann, zu hindern.[22]) Wer dies unterläßt und einer zuverlässigen Wissenschaft des vorhabenden Verbrechens überführt werden kann, soll nach Verhältniß seiner Bosheit oder Fahrlässigkeit bestraft werden.

Die Pflicht und die Verantwortlichkeit eines Jeden ist hierdurch klar festgesetzt, und dadurch ein Streit geschlichtet, der nach dem gemeinen Recht nicht ohne Schwierigkeit war. Das römische Recht schränkte die Verpflichtung, sich durch Abwendung der Verbrechen zu Hülfe zu kommen, auf gewisse Personen, die durch ein besonderes

---

[22]) Vergl. Allgemeines Landrecht II. 20. §§. 505. und 506.

Band verknüpft waren, ein, und mehrere Rechtsgelehrte traten diesem bei. Andere dagegen nehmen diese Verpflichtung ganz allgemein an.[23]) Dies veranlaßte das preußische Gesetzbuch wenigstens die Befürchtung einer erheblichen Gefahr vorauszusetzen, damit nicht die Verantwortlichkeit des Denuncianten im Verhältniß des Nutzens für das gemeine Wesen zu groß werde.[24])

7) So wie eine Theilnahme vor dem Verbrechen und bei der eigentlichen Ausübung statt finden kann, so ist sie auch nach der Ausführung möglich,[25]) und von diesem Gesichtspunkte aus bestimmte das preußische Kriminalrecht in den §§. 83. und 84.:

Hat Jemand an den Vortheilen eines Verbrechens nach dessen Ausführung wissentlich und freiwillig, jedoch ohne vorgängige Abrede Theil genommen; so trifft ihn eine solche Ahndung, die der ordentlichen Strafe desjenigen Verbrechens, von welchem er Nutzen gezogen hat, am nächsten kommt.

Wer Verbrechen oder deren unrechtmäßigen Gewinn zu verheimlichen sich zum Gewerbe macht, wird in der Regel eben so wie der Verbrecher selbst bestraft.

Die Worte im §. 83.:

ohne vorgängige Abrede

---

[23]) Quistorp Grundsätze des deutschen peinlichen Rechts §§. 61. und 62. — de Böhmer meditationes ad const. crim. Carol. ad art. 177. §. 7. — Kleinschrod systematische Entwickelung der Grundbegriffe und Grundwahrheiten des peinlichen Rechts. Th. I. §. 201.

[24]) Klein Grundsätze des gemeinen deutschen peinlichen Rechts. §. 141. Nr. 9. und Anmerkung,

[25]) Koch institutiones juris criminalis §. 70. b. und 101. Denique et attendi debet, utrum quis vel antecedenter, vel concomitanter, vel subsequenter concurrit.

waren erst bei der Revision eingeschaltet, um diesen §. mit dem §. 73. in Uebereinstimmung zu setzen. Uebrigens bestand rücksichtlich der Strafbarkeit einer solchen nachfolgenden Theilnahme, societas subsequens vel post executionem im gemeinen Recht kein Zweifel, wenn sich gleich Handlungen, die auf die That folgen, nicht als eine eigentliche Theilnahme an dem Verbrechen darstellen können.[26]) Da sich die Moralität der Theilnahme mit der Größe des Verbrechens, welches begünstiget wird, erhöht oder mindert, so wurde hier eine Strafe festgesetzt, welche der ordentlichen des Verbrechens, von welchem Jemand unrechtmäßigen Nutzen gezogen hat, am nächsten kommt. In einem höheren Grade war es offenbar strafbar, wenn Jemand aus der unrechtmäßigen Verheimlichung ein Gewerbe machte. Bei dem Gewerbe kommt es aber nicht auf die Zahl der Handlungen, sondern auf die Meinung an, welche Jemand bei dem Publikum oder einer Klasse desselben von sich darüber erregte, daß er sich mit Handlungen solcher Art abgeben werde, und so wird z. B. der Diebstahl gewerbmäßig betrieben, wenn der Dieb Bestellungen von Andern darauf anzunehmen pflegt.[27]) Es hat daher eine solche gewerbmäßige Verheimlichung der Verbrecher oder des unrechtmäßigen Gewinnes mit einer vorhergehenden Verbindung gleiche Wirkung, indem es z. B. dem Diebe bekannt ist,

---

[26]) de Böhmer meditationes ad const. crim. Carolinam ad art. 177. §. 9. — Quistorp Grundsätze des deutschen peinlichen Rechts. Th. I. §. 58., wo dieselben Bestimmungen. — Klein Grundsätze des gemeinen deutschen peinlichen Rechts. §. 139. u. §. 141. Nr. 7.

[27]) Der Begriff Gewerbe drückt immer ein Verhältniß zu dritten Personen aus, und das Wort selbst ist von werben wie das Wort Profession von profiteri abzuleiten. Daher ist der §. 1145., welcher so erst bei der Revision abgeändert wurde, wohl häufig mißverstanden.

daß es ihm nicht an einem Absatz der gestohlenen Sachen fehlen werde. Daher war die Strafe des §. 84. natürlich strenger und soll, wenn sie gleich durch den Beisatz in der Regel als außerordentliche Strafe charakterisirt wird, für gewöhnlich mit der ordentlichen Strafe gleiches Maß halten. Der Grund, daß man aber die ordentliche Strafe ausschloß und das richterliche arbitrium erweiterte, lag offenbar in den verschiedenen factischen Verhältnissen, die in diesen Fällen einzutreten pflegen, in welchen gewöhnlich Ehegatten, Eltern und Kinder oder sonst nahe Verwandte betheiligt sind.[28])

Was die Anwendung der hiernach bestimmten außerordentlichen Strafe anlangt, so ist entweder die ordentliche Strafe zum Maß gegeben, oder die Strafe ist ganz der richterlichen Willkühr überlassen. Das erstere ist bei dem indirecten Vorsatz §. 32., und bei dem Conate §. 39. sqq. und bei der Begünstigung der Verbrechen §. 83., das letztere bei den fahrlässigen Verbrechen der Fall. Da aber zur Zeit der Redaction des allgemeinen Landrechts die außerordentliche Strafe in der Praxis als poena arbitraria angesehen wurde, vermied man den Ausdruck außerordentliche Strafe ganz, und setzte dafür die der ordentlichen Strafe am Nächsten kommende.

Es war zwar im gemeinen Recht die gewöhnlich angenommene Meinung, daß poena extraordinaria so wie arbitraria nicht bis zur Todesstrafe ausgedehnt werden könne,[29]) allein eben so wenig war man über die Aus-

---

[28]) Vergl. Quistorp Grundsätze des deutschen peinlichen Rechts Th. I. §. 58.

[29]) Koch institstutiones juris criminalis §. 92. Regula est ab omnibus doctoribus adhuc firmiter tam in scriptis de-

nahmen im Fall des dolus indirectus und der delicta perfecta nondum vero consummata.[30]) Es ist überhaupt eine irrige Meinung, daß das preußische Landrecht milderen Ansichten habe Geltung verschaffen wollen, denn die Praxis hatte bereits so viel gethan, daß die gründlichsten Rechtslehrer vor der Anwendung einer übertriebenen Milde wiederholt warnen mußten.[31])

Daher läßt sich nicht annehmen, daß im Widerspruch mit den herrschenden Ansichten das preußische Kriminalrecht in allen Fällen, in welchen die ordentliche Strafe ausgeschlossen blieb, auch die Todesstrafe habe ausschließen wollen. Man unterschied damals wie jetzt zwischen einfachen Todesstrafen als der Enthauptung und dem Galgen, und qualificirten Todesstrafen, der Strafe des Rades, des Verbrennens und anderer.[32]) Dergleichen qualificirte Todesstrafen enthalten die §§. 93, 102, 108, 109, 114, 826, 839 sqq., 849, 861, 874 sqq., und die auf diese folgende Strafe ist die einfache Todesstrafe, welche auch nach dem Fall des §. 41., als zweitnächste statthaft erscheinen würde. Die nöthigen Unterlagen hierzu konnte jeder Richter aus

---

fensa, quam in ipsis rerum momentis in actum deducta, poenam extraordinariam ut et arbitrariam ad mortem extendi non posse.

[30]) Koch institutiones juris criminalis loco citato. — Carpzow practica rerum crim. qu. XVII. No. 21. — Strykius usus modernus pand. ad lib. 47. tit. 1. §. 12.

[31]) de Böhmer meditationes ad const. crim. Carol. ad art. 177. Leyser meditationes ad pandectas specimen 597. de injusta in homicidas indulgentia.

[32]) Koch institutiones juris criminalis §. 142. sqq. de proportione poenarum inter se. — Klein Grundsätze des gem. deut. peinl. Rechts §. 94. Quistorp Grundsätze des deutschen peinlichen Rechts. §. 89. Anmerk. 6. — Meister principia jur. crim. §. 70. — Tittmann Grundlinien der Strafrechtswissenschaft 1800. §. 62.

dem gemeinen Rechte schöpfen, indem fast in keinem Handbuch nähere Regeln über das Verhältniß der verschiedenen Leibes- und Lebensstrafen vermißt werden, die, so lange der alte Prozeß beibehalten wurde, ihre vollkommene Gültigkeit hatten.[33]) Der Entwurf hielt genauere Bestimmungen über das Verhältniß der Strafen für ein Kriminalgesetzbuch nicht geeignet, und wollte sie einer besonderen Instruction für die Gerichte vorbehalten. Die Kriminalordnung schwieg indeß darüber, und man kann bei der Wichtigkeit dieses Punktes nicht annehmen, daß dies damals übersehen sey, sondern, so wie überhaupt die Kriminalordnung nicht in das materielle Recht gleichmäßig eingriff, ein anderes Strafrecht voraussetzt. Ist also die erste Strafe nur einfache Todesstrafe, so kann die darauf folgende den Tod nicht enthalten, wohl aber im umgekehrten Falle. Auf die einfache Todesstrafe folgte unmittelbar lebenswierige Freiheitsberaubung und Infamie.[34]) Erst mit dem §. 42. trat eine andere Strafe ein und diese war, gleich der Strafe für Verbrechen aus Fahrlässigkeit und geleisteten Beistand, der zur Ausführung des Verbrechens nicht nothwendig erforderlich war, poena arbitraria, die der Richter nach allgemeinen Grundsätzen festsetzte.[35]) Dies ist die eigent-

[33]) So ist z. B. im Wege der nächsten nach der ordentlichen Strafe auf Staupenschlag und lebenswierige Festungsstrafe erkannt in causa wider Helene Marschall und den Schulzen Krüger, Kleins Annalen u. s. w. Bd. 9. S. 75; desgl. in causa wider Johann Michael Schulz ib. Bd. 10. S. 208 und in causa wider Paul Wuka ib. Bd. 12. S. 184, b.

[34]) Nach der l. 35. D. 48. 19. de poenis durfte auf lebenswierige Freiheitsberaubung nicht erkannt werden. Es ist seltsam, daß allein die Rechtmäßigkeit der Todesstrafen so häufig behandelt worden ist.

[35]) Der §. 42. lautet:

Hat ein solcher Zufall schon die vorläufigen Anstalten zu der straf-

liche poena extraordinaria und nur auf diese findet der bei der Revision erst eingeschaltete §. 34. Anwendung, nach welchem die außerordentliche Strafe nicht bis zum Tode und bis zur Ehrlosigkeit ausgedehnt werden soll. Die deutsche Ehrlosigkeit hatte das Eigenthümliche, daß sie sich factisch an gewisse Arten der Strafe knüpfte, und mit allen Strafen verbunden war, die von des Henkers Hand vollzogen wurden, daher der öffentliche Staupenschlag, nicht aber eine Züchtigung im Gefängniß infamirte und bei der außerordentlichen Strafe nach Beschaffenheit der Personen und Umstände auferlegt wurde.[36])

Daß die Anwendung körperlicher Züchtigung unbedingt 'bei der außerordentlichen Strafe verboten ist, hat nach der von der Kriminalordnung aufgestellten Theorie des Beweises allerdings die nachtheilige Wirkung, daß erfahrene Verbrecher, welche die ordentlichen Strafen vermeiden, nie damit belegt werden, und sie nur diejenigen trifft, welche sich durch Reue oder durch Hoffnung einer milderen Bestrafung zu einem offenen Bekenntniß verleiten ließen. Nimmt man dazu, daß die Praxis sich bei den meisten Gerichten dafür entschieden hat, daß bei der außerordentlichen Strafe die sonst vorgeschriebene Steigerung (z. B. bei dem Diebstahle) nicht eintrete, so fehlt es nicht an Fällen, die den Ausspruch Juvenals:

Dat veniam corvis, vexat censura columbas

zurückrufen können.

---

baren Handlung unterbrochen, so wird die böse Absicht nach Verhältniß des Fortschrittes zur wirklichen Vollziehung geahndet.

[36]) Koch institutiones juris criminalis §. 104. Omnes poenae, quae a carnifice et praesertim excoriatore dantur, executioni famosae sunt per consequentiam. Vergl. Heineccii elementa juris Germanici lib. I. §. 414.

Diese außerordentliche Strafe wegen nicht vollständig geführten Beweises ist in neuerer Zeit bis zum Ueberdruß oft behandelt, wiewohl im Grunde wenig Neues gesagt ist. Das römische Recht kannte eine solche künstliche Theorie nicht, und überließ dem Richter die Feststellung des facti.[37]) Das bekannte dilemma, daß der Angeklagte entweder schuldig oder unschuldig sey, war schon von Carpzow gestellt, der sich dabei auf die Regel berief, quod natura et lex non admittat duo pugnantia in eodem subjecto.[38]) Die Behauptung, daß die außerordentliche Strafe bei einem nur auf Indicien beruhenden Beweise eintrete, welcher Lehre der Professor Jarcke auf die Kriminalordnung Anwendung geben wollte, war längst von Meister aufgestellt und ist daher nichts weniger als neu.[39]) Klein hat seine Meinung in den Annalen der Gesetzgebung und Rechtsgelehrsamkeit für die preußischen Staaten ausgesprochen, woselbst er unter Anderm sagt:

Sollte der Angeschuldigte bei Mangel eines vollständigen Beweises immer ganz freigesprochen werden: so müßte man entweder wie in England sehr wenig zum vollen Beweise erfodern und dadurch die Unschuld in Gefahr setzen, welche in Ländern, wo man sich die bestellten Richter ohne Auswahl gefallen lassen muß, größer seyn würde als dort, oder man würde genö-

---

[37]) l. 1. §. 4. D. 48. 16. ad senatusconsultum Turpilianum. Nam ut Papinianus respondit, facti quidem questio in arbitrio est judicantis, poenae vero persecutio non ejus voluntati mandatur, sed legis auctoritati reservatur.

[38]) Carpzow practica nova rer. crim. Pars III. qu. 142. N. 5. und 6.

[39]) Meister principia jur. crim. §. 415. und 416.

thigt seyn, die gefährlichsten Bösewichter mit einer demüthigenden Ehrenerklärung zu entlassen.[40]) Hiergegen läßt sich indeß einwenden, daß es im Grunde gleichgültig ist, ob wir den Verbrecher außerordentlich oder ordentlich mit Unrecht strafen. Auf der andern Seite ist es sehr natürlich, daß der Richter bei dem auch ihm inwohnenden Gefühl der Unsicherheit aller menschlichen Erkenntniß stets um so mehr zur Milde geneigt ist, als er eben dieser Erkenntniß mißtraut. Diese Hinneigung zur Milde beruhet gerade auf seiner Gerechtigkeitsliebe, und daher läßt sich nichts dagegen einwenden, wenn bei der Arbitrirung der Strafe auch der Grad der Gewißheit in Betracht gezogen wird, welchem das Verbrechen unterliegt. Nur hätte man sich davor zu hüten gehabt, durch zu große Beengung der richterlichen Vernunft in Verbindung mit dem §. 34. eine ganz neue Strafe zu schaffen und so durch Begünstigung einer der menschlichen Gesellschaft schädlichen, keine Nachsicht verdienenden Klasse von Menschen dies Princip der Gerechtigkeit zu verletzen.

VIII.

Verschärfungs- und Milderungsgründe.

Die Strafen in älterer Zeit waren hart und streng und bestanden, wenn sie auch nicht das Leben nahmen, meist in Körperstrafen, als Staupenschlag und Verstümmelung.[1]) Als aber nach und nach die Sitten milder

[40]) Annalen der Gesetzgebung und Rechtsgelehrsamkeit in den preußischen Staaten Bd. 8. in causa wider Plinsky S. 71 sqq. u. S. 77.

[1]) Heineccii elementa juris Germanici. lib. II. tit. 30. §. 366. sqq. und §. 380. Man unterschied Verbrechen, die in den Hals, und solche, die in Haut und Haar gingen.]

wurden, führte sich ein andrer Geist in den Gerichtshöfen ein; man zweifelte an der Wirksamkeit zu strenger Strafen, man nahm in dem Verbrechen je nach dem Grade der Moralität des Verbrechers Unterschiede an, und stellte die Fälle zusammen, in denen der Richter, von dem Text des Gesetzes abweichend, auf eine Verschärfung, besonders aber auf eine Milderung der Strafe erkennen dürfe. Diese Milderungsgründe mehrten sich später in einem so hohen Grade, daß es einer neuen Gesetzgebung dringende Pflicht wurde, hierin ein gehöriges Maß zu beachten. [2])

Auffallend erscheint es, daß der Entwurf zum Kriminalrecht die Schärfung sowohl als die Milderung der Strafen nur beiläufig jene in den §§. 51. 52. 56. 59. 61., diese in dem §. 58. behandelte; doch erklärt sich dies aus der zu dem §. 82. gemachten Anmerkung:

> daß die Eingehung in die Lehre von den erschwerenden und mildernden Umständen für das Kriminalgesetzbuch, welches dem Volke in die Hände gegeben werden müsse, nicht geeignet erscheine, und daß es einer besondern Instruction vorbehalten bleiben solle, zu bestimmen, auf was für Milderungsursachen bei jeder Art der Verbrechen Rücksicht zu nehmen sey.

Bei der Revision des Entwurfs hielt man es für nöthig, auch in dem allgemeinen Theil einige allgemeine Regeln sowohl rücksichtlich der Schärfung als der Milderung der Strafen zu geben, und da der Entwurf in den §§. 51—59. schon Vorschriften über die wiederholten Verbrechen, über die Collision der Verbrechen und über die bereuten Verbrechen enthielt, so war hier der Ort jene Bestimmungen

---

[2]) Quistorp Grundsätze des deutschen peinlichen Rechts. §. 102.

einzufügen, wodurch diese Lehre in folgenden Paragraphen eine völlig neue Gestaltung erhielt. [3])

§. 45. In der Regel kann die Strafe in einem vorkommenden Falle nicht über das höchste Maß der gesetzlichen Strafe bestimmt werden.

§. 46. Wenn auch eine Verschärfung der ordentlichen Strafe dem Richter zur Pflicht gemacht worden; so darf doch die im Gesetz bestimmte Gattung der Strafe nicht geändert, und es muß dabei allemal auf die Vorschrift des §. 50. Rücksicht genommen werden.

§. 47. Die im Gesetze bestimmten Arten der Todesstrafen werden durch Schleifung zur Richtstätte, oder durch öffentliche Ausstellung des Leichnams geschärft.

§. 48. Die Verschärfung der Festungs- und Zuchthausstrafe geschieht durch längere Dauer, oder durch körperliche Züchtigung.

§. 49. Die Gefängnißstrafe soll durch längere Dauer, oder durch Beraubung gewohnter Bequemlichkeiten, aber nicht durch solche Mittel geschärft werden, durch welche das Leben und die Gesundheit des Gefangenen in Gefahr gesetzt wird.

§. 50. Bei Schärfung der Leibesstrafe muß allemal auf die körperliche Beschaffenheit des zu Bestrafenden Rücksicht genommen werden.

§. 51. Gegen den, welcher durch Erdichtung falscher Um-

---

[3]) Eine nähere Vergleichung des Entwurfs mit dem damaligen Zustande der Kriminalrechtswissenschaft und der Kriminalpolitik insonderheit zeigt, daß die Lehre von den erschwerenden und mildernden Umständen auch durch das revidirte Landrecht noch nicht abgeschlossen und der Plan einer besondern Instruction keinesweges aufgegeben war. Vergl. über die Milderungsgründe Quistorp Grundsätze des deutschen peinlichen Rechts §. 103. sqq.

stände den Richter hintergehen will, wird die übrigens verwirkte Strafe allemal geschärft.

§. 52. Die Wiederholung gleicher Verbrechen wirkt allemal Schärfung der auf das einfache Verbrechen im Gesetz bestimmten Strafe. [4])

§. 53. Bei dieser Verschärfung der Strafe ist besonders auf den Hang des Verbrechers zu dieser Art von Vergehungen, und auf die dem Staate daraus bevorstehende Gefahr Rücksicht zu nehmen.

§. 54. Sind mehrere Geldstrafen verwirkt worden, so wird eine jede aus dem Vermögen des Verbrechers beigetrieben.

§. 55. Eben diese Beitreibung findet statt, wenn derselbe Verbrecher eine Lebens-, Leibes- oder Ehrenstrafe verwirkt hat.

§. 56. Auch bloße Ehrenstrafen sollen zugleich neben der Leibes- oder Geldstrafe vollzogen werden, in sofern sie nicht in der körperlichen begriffen, oder dadurch unnütz gemacht werden.

§. 57. Wenn mehrere Leibesstrafen zusammentreffen: so muß die Strafe des schwersten Verbrechens verschärft oder verlängert; doch muß die Summe aller Strafen der verschiedenen Verbrechen nicht überschritten werden.

---

[4]) Der §. 52. ist der §. 51. des Entwurfs, und der in diesem folgende §. 52.:

„Noch schärfer wird die Wiederholung geahndet, wenn der Ver-
„brecher wegen einer Missethat von gleicher Art vorhin schon ein
„oder mehrere Mal bestraft worden."

die delicta reiterata betreffend fortgelassen, weil man im allgemeinen Theil die allgemeine Bestimmung der Verschärfung für genügend hielt. Vergl. Koch institutiones juris criminalis §. 24. und 63.

§. 58. Wer die noch unentdeckten Mitschuldigen anzeigt, soll mit einer gelinderen als der gesetzlichen Strafe belegt werden.

§. 59. Wer die That, noch ehe er derselben überführt ist, freiwillig gesteht, gegen den soll die sonst verwirkte Schärfung der Strafe gemildert, oder wenn sonst keine Schärfung stattfindet, die gelindere gesetzliche Strafe erkannt werden.

§. 60. Reue vor vollführter That ist nach den Regeln der unternommenen Verbrechen zu beurtheilen.

§. 61. Wenn der Verbrecher nach vollbrachter That die schädliche Wirkung derselben, ganz oder zum Theil, sogleich aus eigenem Antriebe verhindert hat: so findet nur eine außerordentliche Strafe statt.

§. 62. Ist der Schade schon geschehen, aber von dem Thäter ersetzt worden: so findet eine Milderung der sonst verwirkten Strafe statt.

Eine gewissenhafte Prüfung dieser Lehre ergiebt, daß die flüchtig eingeschalteten Vorschriften zu dürftig sind, und den Gegenstand nicht erschöpfen, daß ferner auch durch diese Einfügung die Verbindung gestört ist, was nothwendig Mißverständnisse zur Folge haben mußte. Doch ist es mit Hülfe des gemeinen Rechts möglich, den eigentlichen Sinn zu entwickeln, und gewisse allgemeinere Grundsätze darzustellen, die eben häufig verkannt worden sind.

Was nun

I. die Verschärfungsgründe

anlangt, so verdient zuvörderst der §. 45. Berücksichtigung, daß in der Regel die Strafe in einem vorkommenden Falle nicht über das höchste Maß der gesetzlichen verschärft werden dürfe.

An und für sich ist es der Natur der Sache und dem gemeinen Rechte gemäß, daß, wenn die ordentliche Strafe geschärft werden soll, derselben noch etwas Anderes, was in ihr für gewöhnlich nicht enthalten ist, zugelegt werden muß. Nur sind von den verschärften Strafen die härteren zu unterscheiden, welche letzteren das genus der Strafe verändern.[5]) Der §. 46. drückt dies dahin aus:

daß bei der Schärfung nicht die im Gesetz bestimmte Gattung der Strafe geändert werden dürfe,

und schließt sich somit selbst rücksichtlich des Ausdrucks an das an, was Koch über diesen Gegenstand im §. 156. sagt:

Si delictum quoddam determinatam poenam habens ob circumstantias accedentes duriorem poenam, quam lege statuta est, in praesenti causa exposcit, nunquam tamen genus poenae lege statutae mutatur, sed extrinsecus qualificatur. Ideoque poena gladii non potest in poenam laquei, poena laquei in rotae, rotae in ignem mutari. Aliud enim est mutare poenam, aliud exasperare. In exasperatione enim poena principalis manet.

Nach diesem folgen in den §§. 47—49. die näheren Modalitäten der Schärfung. Manche mit den Sitten nicht mehr in Einklang stehende Arten, als das Reißen mit glühenden Zangen, das Abhauen der Hände u. s. w. war fortgelassen, und die körperliche Züchtigung, welche nach gemeinem Recht stets mit der relegatio verbunden war, als Schärfung an die Festungs- und Zuchthausstrafe geknüpft.[6]) Der §. 50. verordnete, daß bei der Schärfung

---

[5]) Klein Grundsätze des gemeinen deutschen peinlichen Rechts. §. 81. — Quistorp Grundsätze des deutschen peinlichen Rechts. §. 98.

[6]) Koch institutiones juris criminalis. §§. 115. sqq. 125. 135.

der Leibesstrafe auf die körperliche Beschaffenheit des zu Bestrafenden Rücksicht genommen werden solle, und dies ist die einzige Stelle, welche von den in den Befugnissen der richterlichen Gewalt liegenden Strafänderungen handelt, deren sonst nirgends erwähnt wird.[7]) Nach dem Entwurfe sollten die näheren Bestimmungen hierüber der schon erwähnten Instruction vorbehalten werden; doch enthält die Kriminalordnung, welche sich auch hier nur mangelhaft an das materielle Recht anschloß, darüber nichts. Es lag aber auch nicht in der Absicht des §. 45., eine unbedingt gültige Vorschrift für alle Fälle zu ertheilen, und statt die Verschärfung einer Strafe an das Maß der ordentlichen Strafe zu knüpfen, war er vielmehr nur als eine leitende Bestimmung gegeben. Die Einschränkungen, welche er erleidet, liegen sowohl in den Worten

„in der Regel",

als in den Worten

„in einem vorkommenden Falle."

Die letzteren Worte würden auf doppelte Weise gedeutet werden können. Einerseits lassen sie sich nehmlich auf Verschärfungsgründe beziehen, wodurch sich der Sinn ergebe:

„bei einem vorliegenden Verschärfungsgrund,"

andrerseits würden sie auch auf den §. 52., welcher für die Wiederholung gleicher Verbrechen eine Schärfung verordnet, bezogen werden können, wobei sich zur Unterstützung dieser Meinung noch anführen ließe, daß der Redigent des

---

[7]) Koch institutiones juris criminalis. §. 142. Saepissime fit, ut ob conditionem delinquentium, aut ob Situm loci, aut ob alias causas, poena lege statuta infligi nequeat. Opportet tunc judicem aliam in ejus locum surrogare. — Quistorp Grundsätze des deutschen peinlichen Rechts. §. 99.

§. 45. diesen §. 52. besonders vor Augen gehabt habe, weil alle Paragraphen bis zu dieser Bestimmung neu eingeschoben seyn. Allein diese Auslegung ist offenbar gezwungen und widerstrebt der natürlichen Ordnung. Ein wiederholtes Verbrechen giebt auch immer nur Einen Fall und bei der Collision der Verbrechen galt nach dem preußischen Rechte die Regel, daß jedes der mehreren Verbrechen besonders und nur nach dem §. 57. in gleicher Weise bestraft werden müsse.

Offenbar soll nach dem §. 45. die Zahl der Erschwerungsgründe in Bezug genommen werden, denn hierfür spricht nicht nur das gemeine Recht, sondern die ganze Anordnung des preußischen Rechts.

Die Art und Weise, nach welcher die ordentliche Strafe abgemessen werden sollte, war durch den §. 30. bestimmt. Die Erschwerungs- und Milderungsgründe sollten dieselbe erhöhen oder vermindern, weil in beiden Fällen nicht alle Bedingungen vorhanden waren, welche der Wille des Gesetzgebers erforderte, um die Regel eintreten zu lassen. Es lag also hier nicht mehr ordentliche, sondern verschärfte oder gemilderte Strafe vor. Da indeß nach dem preußischen Rechte die Ansicht möglich war, daß durch Verschärfungsgründe die ordentliche Strafe überstiegen werden müsse, so fand es der §. 45. angemessen, derselben vorzubeugen, indem er festsetzte, daß die Verschärfung auch innerhalb des Maßes der ordentlichen Strafe statthaft sey; er drückte sich indeß hierbei mit Vorsicht aus, indem er es durch die Worte „in der Regel" und „in einem vorkommenden Falle," dem Richter erlaubte, seiner sachgemäßen Ueberzeugung zu folgen. Eine Paraphrase des §. 45. würde daher so lauten:

Wenn nur Ein Erschwerungsgrund vorliegt, so soll

diesen der Richter, wenn nicht besondere Umstände eine Ausnahme nöthig machen, innerhalb des Maßes der ordentlichen Strafe berücksichtigen.

Dergleichen besondere Umstände würden aber, sofern nicht Milderungs- und Erschwerungsgründe gegen einander aufwiegen, in allen Fällen eintreten, in welchen das Maß der ordentlichen Strafe fest bestimmt ist.

Es war übrigens die in dem §. 45. ertheilte Bestimmung ganz dem gemeinen Rechte gemäß. Es ist bereits erwähnt, daß man den Grund der Verschärfung und der Milderung in der erklärten oder stillschweigend vorausgesetzten Absicht des Gesetzgebers fand, weßhalb sich auch die Abweichung so wohl nach unten, als nach oben hin, stets an das Gesetz anschließen mußte.[8]) In einem höheren Grade trat dies bei dem preußischen Rechte ein, welches dem richterlichen arbitrium bei Bestimmung der gesetzlichen Strafe einen viel größeren Spielraum gewährte. Daher mögen bei dem natürlichen Hange der Richter zur Milde die Fälle, in denen das Maß der ordentlichen Strafe überschritten wird, nur selten vorkommen, wenn gleich offenbar diese Befugniß innerhalb der Grenzen der richterlichen Gewalt liegt,[9]) und bei einer guten Justiz nothwendig liegen muß.

---

[8]) de Böhmer meditationes ad const. crim. Carol. ad art. 105. §. 3. — Meister principia juris criminalis. §. 107. — Klein Grundsätze des gemeinen deutschen peinlichen Rechts. §. 164. — Kleinschrod systematische Entwickelung der Grundbegriffe und Grundwahrheiten des peinlichen Rechts. I. §. 125.

[9]) Von dieser Ansicht ist man auch in älteren Rechtssprüchen ausgegangen, z. B. in causa wider die Hauptmännin v. Reibnitz, Kleins Annalen Bd. III. S. 60.

Deswegen sind wir auch der Meinung, daß die im Entwurf des Gesetzbuches bestimmte 6 — 10jährige Vestungsstrafe, wenn sie auch

Rücksichtlich der Fälle, in welchen eine solche Schärfung der Strafe eintreten kann, ist aber erforderlich, daß das Gesetz sich bestimmt darüber ausspricht. Wenn daher nur gesagt ist,

daß jemehr Jemand Beweggründe gehabt habe, eine strafbare Handlung zu unterlassen; desto mehr sie ihm zugerechnet werden müsse, §. 23.

oder

daß je größer und unvermeidlicher der Schade oder die Gefahr sey, welche aus dem Verbrechen entstehe; desto schärfer dasselbe geahndet werden müsse, §. 25.

oder

daß je mehr Pflichten Jemand gegen den Andern oder gegen den Staat habe; desto größer das Verbrechen sey, wenn er denselben beleidige;

so gehört dies nach der Bestimmung des §. 30. nicht zu den Verschärfungsgründen, und das Gleiche ist, wie schon bei der ordentlichen Strafe gezeigt, mit vielen Stellen des speciellen Theiles der Fall, in denen rücksichtlich der Abmessung der Strafen allgemeine Vorschriften gegeben worden sind.

I. Was zuerst die allgemeinen Verschärfungsgründe anlangt, so kennt das allgemeine Landrecht als solche

1) die Erdichtung falscher Umstände zur Hintergehung des Richters, §. 51.

2) die Wiederholung gleicher Verbrechen, §. 52.

---

schon jetzt zur Richtschnur dienen könnte, dennoch in diesem Falle, wo das Züchtigungsrecht offenbar gemißbraucht worden, nicht stattfinde, sondern eine lebenslängliche Bestungsstrafe zu erkennen sey. Vergl. Gutachten über den Todschlag des Köhlers Kolke an seinem 18jährigen Sohne. ibid. Bd. XV. S. 68.

3) die Strafe der Haupturheber und Rädelsführer, und
4) die Concurrenz mehrerer Verbrechen. §. 57.

Das preußische Recht faßte mit allen damaligen Rechtslehrern die Strafbarkeit der Vergehungen hauptsächlich von der moralischen Seite auf, und gestand in gewissen Fällen, die eine größere Immoralität und einen besondern Hang zu Verbrechen voraussetzen, dem Richter die Befugniß zu, die Strafe noch über das Gesetz auszudehnen. Wäre

1) in diesem Sinne der §. 51. von den Gerichtshöfen angewendet, so würde er wesentlich der zunehmenden Immoralität der niederen Stände entgegen gearbeitet haben, und es ist besonders der Kriminalordnung, welche andere Bestimmungen enthielt, zuzuschreiben, daß von dem erfahrenen Verbrecher auf den noch ungeübten die stete Belehrung übergeht: daß er nur zu leugnen brauche, um sich der verdienten Strafe zu entziehen.

2) Die Wiederholung der Verbrechen anlangend, so betrachtet der §. 52. ein zum wiederholten Male begangenes Verbrechen nur aus allgemeinem Standpunkte ohne Rücksicht darauf, ob eine continuatio oder reiteratio delicti vorliege, d. h. ob die Wiederholung dasselbe Object oder ein anderes betreffe.[10]) Der Entwurf enthielt noch die Bestimmung, daß die Wiederholung schärfer geahndet werden sollte, wenn der Verbrecher schon wegen eines solchen Verbrechens bestraft sey, doch wurde sie bei der Re-

---

[10]) Die Lehre vom concursus delictorum war nach gemeinem Recht überfeinert; man unterschied concursus simultaneus und successivus und bei letzteren delicta continuata und reiterata. Andere theilten ideale und reale Concurrenz. Vergl. Koch institut. jur. criminalis §. 158. sqq. Meister principia juris criminalis. §. 114. Klein Grundsätze des gemeinen deutschen peinlichen Rechts. §. 156.

vision mit Recht fortgelassen, da ein solches Verhältniß unter den Erschwerungsgründen für die Anwendung des Strafgesetzes nicht zweckmäßig erscheinen konnte, dagegen setzte man die Strafe der Wiederholung, wenn eine Bestrafung schon stattgefunden hatte, in mehreren Fällen auf das Doppelte fest.[11])

Der dritte Verschärfungsgrund trifft den Rädelsführer, denn derjenige, welcher Andere zur Ausführung oder Mitwirkung bei dem Verbrechen leitet, oder die Leitung der zum Verbrechen erforderlichen Handlungen übernommen hat,[12]) ist moralisch strafbarer als der bloße Theilnehmer oder der Verleitete. Der §. 61. des Entwurfs enthielt folgende Fassung:

> Hat einer unter ihnen sich als Haupturheber und Rädelsführer ausgezeichnet, so wird die ordentliche Strafe gegen denselben geschärft.

Bei der Revision umging man das Wort „Rädelsführer" und setzte dafür:

> Hat einer unter ihnen sich als Haupturheber ausgezeichnet, und die übrigen zum Verbrechen verleitet, so wird die ordentliche Strafe gegen ihn geschärft.

Wenn der Begriff des Urhebers, wie schon oben gezeigt, bei mehreren Consorten durch die unmittelbare Theilnahme an dem Verbrechen bestimmt wurde, so muß zum Begriff des Haupturhebers noch etwas hinzutreten. Hierbei hatte man offenbar das gemeine Recht vor Augen, und verstand unter dem Haupturheber denjenigen, der nicht allein Theil genommen, sondern die eigentliche, das Verbrechen begrün-

---

[11]) Es geschah dies z. B. in dem §. 218.

[12]) Klein Grundsätze des gemeinen deutschen peinlichen Rechts §. 138. definirt so den Rädelsführer.

dende Handlung verübt hatte, [13]) denn daß man die gemeinrechtliche Theorie nicht ganz verlassen wollte, beweisen die §. 844. sqq., in welchen man von dem §. 64. abwich, wogegen die §. 1218. sqq. den allgemeinen Bestimmungen entsprechen. Das Wort Rädelsführer des Entwurfs sollte ausdrücken, daß zu oder bei der Verübung des Verbrechens noch eine Leitung stattgefunden hatte, mithin zur physischen Autorschaft noch ein intellectueller Einfluß trat. Als Erfordernisse dieses Verschärfungsgrundes sind daher zu betrachten:

1) daß der Verbrecher unmittelbarer Urheber der That war,
2) daß er die Theilnehmer zu oder bei dem Verbrechen geleitet hatte; [14])

und die Abänderung der Revision läßt hierbei zu wünschen übrig, daß sie nur der Leitung zum Verbrechen, nicht aber der Leitung bei dem Verbrechen erwähnte, die bestimmt nicht ausgeschlossen bleiben sollte. Sobald beide Erfordernisse vorhanden sind, so setzen sie einen Grad der Boßheit in der Person des Verbrechers voraus, der dem Richter

---

[13]) Der §. 845. lautet:

Haben Mehrere dem Entleibten tödliche Wunden beigebracht, so ist von diesen derjenige, welcher zuerst von den tödlichen Werkzeugen gegen denselben Gebrauch gemacht hat, als Todtschläger zu bestrafen.

Der §. 1219.:

Auch bei gewaltsamen Diebstählen ist derjenige als Miturheber zu betrachten, welcher die ausgeübte Gewalt durch Lieferung der Werkzeuge, Wachehalten oder andere Hülfsleistung wissentlich unterstützt hat.

Vergl. Koch institut. jur. crim. §. 206. Der besondere Begriff des Haupturhebers ergiebt sich auch aus dem §. 1213.

[14]) Ein Beweis, wie eilig bei der Revision des Entwurfes verfahren wurde, ist es, daß man im §. 68. die Verweisung auf den §. 65. stehen ließ, obwohl man in diesem das Wort Rädelsführer ausgemärzt hatte.

zur Ueberschreitung des ordentlichen Strafmaßes berechtigte. Wenn es aber bei der physischen Autorschaft darauf ankam, ob sich Jemand während der Verübung des Verbrechens in eine überwiegende Stellung gesetzt hatte, und in Folge dieser auf seine Mitverbrecher einen besondern Einfluß übte, so machte es dagegen bei der intellectuellen Autorschaft den Erschwerungsgrund aus, daß Jemand natürlich oder rechtlich in dem Verhältniß eines Vorgesetzten oder einer Respectsperson zu dem Thäter, dessen er sich bediente, stand. Somit kann das Verhältniß eines Rädelsführers in doppelter Weise, sowohl bei der physischen als bei der intellectuellen Autorschaft stattfinden, und es bedurfte einer näheren Bestimmung um so mehr, als in mehreren Fällen, z. B. §§. 169. und 1209.

die Strafe der Rädelsführer besonders bestimmt ist.

Die §§. 54—57. betreffen eigentlich den concursus delictorum, diese an sich nach gemeinem Recht schwierige und bestrittene, und im preußischen Recht nur dürftig behandelte Lehre.[15]) Der Entwurf enthielt darüber in den §§. 55. und 56. folgende Bestimmungen:

§. 55. Wer mehrere Verbrechen von verschiedener Art begangen hat, muß die für jedes derselben bestimmte Strafe leiden.

§. 56. Können diese verschiedenen Strafen nicht zusammen bestehen, so muß die ordentliche Strafe des schwer-

---

[15]) Koch institutiones juris criminalis. §. 158. sqq. — Meister principia juris criminalis. §. 114. — Klein Grundsätze des gemeinen deutschen peinlichen Rechts. §. 114. — Quistorp Grundsätze des deutschen peinlichen Rechts. §. 88. sqq. — Schon Carpzow practica nova rer. crim. qu. 132. No. 18. meinte, daß die vielfachen Unterscheidungen die Sache nur verwirrten, und alles am Besten dem richterlichen Ermessen zu überlassen sey.

sten Verbrechens nach Verhältniß der übrigen Vergehungen geschärft werden.

Diese Bestimmungen wurden bei der Revision fortgelassen, und andere die Collision der Strafen betreffende Vorschriften eingefügt. Man beabsichtigte indeß hierdurch nicht die Vorschriften des Entwurfs zu ändern, sondern man hielt durch die neuen Bestimmungen und namentlich durch den §. 57. jene Vorschriften für beseitigt, indem man annahm, daß sich aus den Regeln über die Collision der Strafen jene über die Collision der Verbrechen von selbst ergeben müßten. Es wurden aber durch erstere die mehrfachen Unterscheidungen in concursus simultaneus (ideale Concurrenz), wenn sich eine Handlung aus mehreren Gesichtspunkten als Verbrechen darstellt,[16]) oder concursus successivus (reale Concurrenz), wenn durch verschiedene Handlungen aus einer und derselben Absicht verschiedene Verbrechen verübt sind, zugleich mit der Regel

poena major absorbet minorem

aufgehoben. Von dieser Regel bemerkt schon Klein, daß sie nicht im deutschen gemeinen Rechte und namentlich nicht in der peinlichen Gerichtsordnung begründet, sondern unrichtig von mehreren Pönalklagen, welche nach römischem Recht wegen eines facti erhoben werden konnten, auf die von Amts wegen zu bestrafenden Verbrechen angewendet sey. Daher enthält auch das preußische Kriminalrecht den Grundsatz:

daß jedes Verbrechen, welches aus einem selbstständi-

---

[16]) So konnte z. B. nach gemeinem Recht der Beischlaf mit einer fremden Gattin Ehebruch und Blutschande zugleich, dieselbe Entwendung ein gefährlicher, großer und dritter Diebstahl seyn. cf. Allg. Landrecht II. 20. §§. 530. 1406.

gen Gesichtspunkt angesehen werden könne, die im Gesetz bestimmte Strafe nach sich ziehe,

ohne bei der idealen oder realen Concurrenz einen Unterschied zu machen,[17]) weßhalb auch der Ausdruck „verschiedene Verbrechen" im §. 57. nur auf ihre Zahl, nicht aber auf ihre Qualität zu beziehen ist. Wenn aber hiernach auch jedes Verbrechen einzeln bestraft wurde, so blieb immer noch eine Collision der Strafe möglich, denn zwei Mal konnte z. B. nicht Jemanden das Leben genommen werden, und eben so wenig konnte man es für angemessen halten, daß Jemand vielleicht zuerst eine Zuchthausstrafe und alsdann eine Freiheitsberaubung anderer Art verbüße. Daher bestimmte der §. 57., daß bei einer solchen Collision der Strafen die Strafe des schwersten Verbrechens verschärft oder verlängert werden solle. Man kann aus diesem Grunde den §. 57. nicht zu den eigentlichen Verschärfungsgründen rechnen, er ist vielmehr nur eine Disposition hinsichtlich der Verbüßung mehrerer verwirkten Strafen. Hatte daher Jemand, der bereits zu lebenslänglicher Freiheitsberaubung verurtheilt war, sich eines neuen Vergehens schuldig gemacht, so würde auch aus diesem §. die Verschärfung haben festgesetzt werden können, welche die Cabinetsordre

---

[17]) Der Verfasser der Motive zum neuen Entwurfe irrt:

a) wenn er annimmt, daß das allgemeine Landrecht keine Vorschrift über ideale Concurrenz enthalten habe;

b) so wie wenn er den §. 1158. auf das furtum continuatum bezieht, welches nur in Betreff desselben Objects vorkommen konnte. Koch institut. jur. crim. §. 158.; desgl. Meister und Klein.

Die Zusammenrechnung der verschiedenen Diebstähle in Absicht des Werths war eine bekannte Regel des gemeinen Rechts nach dem §. 161. der peinlichen Gerichtsordnung. Koch institut. jur. crim. §. 200. Quistorp Grundsätze des deutschen peinlichen Rechts. §. 361.

vom 20. Juni 1835 in Betreff der Bestrafung eines Verbrechers bestimmt, der wegen früherer Verbrechen bereits zu einer lebenswierigen Freiheitsstrafe verurtheilt war.[18])

II. Betrachtet man ferner die speciellen Schärfungsgründe, so findet man deren bei den besonderen Verbrechen eine große Menge, die sich zwar zum Theil auf allgemeine Gründe zurückführen lassen, zum Theil aber auch die Person und die Folgen der That in Betracht ziehen. Das Gesetz drückt sich hinsichtlich derselben sehr verschieden aus und es heißt z. B.

die durch die That selbst verwirkte Strafe soll jedes Mal geschärft werden §. 135.

die schon an sich in den Gesetzen bestimmte Strafe soll verhältnißmäßig geschärft werden §. 226.

diese Strafe soll geschärft werden §. 139. 204.

diese Strafe wird alle Mal geschärft §. 159.

es soll Jemand mit geschärfter Strafe belegt werden §. 173. 1253. 1378.

die Verbrechen sollen durch Schärfung der ordentlichen Strafe geahndet werden §. 338.

die ordinäre Strafe soll alle Mal geschärft werden §. 1377.

die ordentliche Strafe des Verbrechens soll nach Verhältniß geschärft werden §. 530. und 1493.

die ordinäre Strafe wird verhältnißmäßig allenfalls bis zur Todesstrafe geschärft §. 1412.

es soll alle Mal Verschärfung der ordinären Strafe statt finden §. 1404. und 1441.

die sonst verwirkte Strafe soll verschärft werden §. 1413.

---

[18]) Vergl. Gesetzsammlung für 1835 S. 100. Als Schärfung tritt z. B. zur lebenswierigen Freiheitsstrafe der Staupenschlag. §. 1524.

die Strafe des begangenen Verbrechens wird nachdrücklich geschärft §. 1428.

die verwirkte Strafe soll nach Verhältniß der Gesetze jedes Mal verschärft werden §. 1496.

die verwirkte gesetzliche Strafe soll geschärft werden §. 1499.

In allen diesen Fällen kommt es nach dem §. 45. auf das pflichtmäßige Ermessen des Richters an, ob der angedrohten Strafe noch ein Uebel in Gemäßheit der Vorschriften §. 47—50. beizufügen, oder ob den Umständen nach die Strafe der Absicht des Gesetzgebers entsprechend ist.

Es ist ferner bei mehreren Verbrechen der Schärfung ein bestimmtes Maß vorgeschrieben, wie z. B.[19])

bei Münzverbrechen; §. 256.

bei Vorgesetzten, die ihre Untergebenen zu unerlaubten Handlungen verleiten oder sich bestechen lassen; §. 342. und 347.

bei im Amte verübten Injurien; §. 362.

bei pflichtwidrig handelnden Finanzbedienten; §. 412.

bei Wiederholung von Injurien; §. 642.

bei gewaltsamen Diebstählen an Kirchen, öffentlichen Kassen und Magazinen; §. 1177.

---

[19]) Es sind hier nur die Fälle hervorgehoben, in denen der Ausdruck Schärfung vorkommt, in anderen sind bestimmte Strafen für die Wiederholung bestimmt, als bei Religionsverbrechen §. 218., bei Anmaßung von Hoheitsrechten §. 232., Vergehungen wider die Subordination §. 352., Diebstahl §. 1159. u. s. w. Dies hing mit den §§. 51. und 52. des Entwurfs zusammen, nach welchen Wiederholung gleicher Verbrechen einen Schärfungsgrund abgab, noch schärfer aber die Wiederholung nach erfolgter Bestrafung geahndet werden sollte. Auch bedient sich im §. 1429. das Gesetz des Ausdrucks „Erhöhung der Strafe", was mit Schärfung gleichbedeutend ist.

bei Betrügereien der Justizbeamten und Consulenten (Prävarikation); §. 1336.

bei widerrechtlicher Erbrechung fremder Briefe als Mittel zur Ausführung eines andern Verbrechens; §. 1371.

bei Verfälschung von Waaren, Maß und Gewicht; §. 1442. und 1444.

bei betrüglichem Bankerut unter besonders erschwerenden Umständen; §. 1455.

bei Beschädigungen aus Rache mit Verletzung des Hausrechts; §. 1493.

bei Verfälschung von Sachen zum gemeinen Gebrauch, wenn die Absicht wirklich erreicht wird. §. 1505.

In anderen Fällen dagegen wird eine Schärfung durch körperliche Züchtigung vorgeschrieben, wie

bei Realinjurien unter besonders erschwerenden Umständen; §. 631.

bei Hausdiebstählen; §. 1139. und 1140.

bei Diebstählen an Sachen, die nicht unter genauer Aufsicht gehalten werden können;

bei Diebstählen an Sachen der Kirchen, milden Stiftungen, Kassen u. s. w.; §. 1149.

bei besonders verwegenen und listigen Diebstählen; §. 1150.

bei Diebstählen an Gräbern und Leichnamen; §. 1152.

bei Diebstählen an öffentlichen und privilegirten Orten; §. 1156.

bei Diebstählen durch Einsteigen oder gewaltsames Einbrechen an Eßwaaren, Feldfrüchten u. s. w.; §. 1170.

bei doppelter Taufe des Gewinnes wegen; §. 1435.

beim betrüglichen Bankerutt. §. 1457.

Eine Verschärfung der Todesstrafe ist verordnet:

bei mit der Tödtung verbundener Grausamkeit; §. 829.
bei schwer zu entdeckendem Mord, insonderheit bei Vergiftung; §. 856. und 857.
bei Mordbrennerei, wenn Menschen ums Leben gekommen sind; §. 1513.
bei wiederholten Brandstiftungen. §. 1525.

Wenn in einigen Fällen, z. B. §§. 854. 856. 857. 861. und 879. auch die Art der Schärfung bestimmt ist, so würde dies eine weitere Schärfung nicht ausschließen und zu der Schleifung zum Richtplatz auch noch die öffentliche Ausstellung oder Aufflechtung auf das Rad hinzutreten können, wenn letztere nicht durch die Kabinetsordre vom 19. Okt. 1811 abgeschafft worden wäre.[20]) Uebrigens kommen bei den speziellen Verschärfungsgründen noch einige Arten vor, deren in den §§. 47—49. nicht gedacht ist, z. B.
die Degradation oder auch Kassation bei den im Amte verübten Injurien; §. 362.
die Kassation oder öffentliche Bekanntmachung bei Verfälschung öffentlicher Urkunden durch die eigenen zur Aufnahme bestimmten Beamten; §. 1385.[21])
die öffentliche und schimpfliche Ausstellung bei Anfertigung falscher Urkunden zu wiederholten Betrügereien. §. 1391.

---

[20]) Sammlung der Ministerialentscheidungen.

[21]) Nach §. 338. sollen Betrug, Verfälschung, Dieberei und andere gemeine Verbrechen an Beamten immer mit Kassation bestraft werden, und daher müßte sie auch im §. 1385. als gesetzliche Strafe eintreten. Indeß in dem §. 338. war die Kassation erst bei der Revision hinzugekommen, denn der §. 306. des Entwurfs enthält sie nicht. Die Vorschriften des preußischen Rechts über Amtsvergehen erklären sich, wenn man erwägt, daß selbige nach gemeinem Recht poenam arbitrariam nach sich zogen. **Koch** inst. jur. crim. §§. 629—636.

Was

II. die Milderungsgründe

betrifft, so ist das, was im Allgemeinen bei den Erschwerungsgründen gesagt ist, auch bei ihnen anwendbar. Das preußische Kriminalrecht hat hier nicht wie bei den Verschärfungsgründen den Satz aufgestellt, daß in der Regel das ordentliche Maß der Strafe einzuhalten sey, es folgt aber schon von selbst, daß sich die Strafe für gewöhnlich, wenn mildernde Umstände den erschwerenden entgegenstehen, oder besondere Pflichten verletzt oder ein erheblicher Schade zugefügt ist, innerhalb der vorgeschriebenen Grenzen halten muß. Nur, wenn sich schon ohnehin ein besonders niedriger Grad der ordentlichen Strafe rechtfertigen würde, kann der Fall vorkommen, daß sich der Richter bewogen findet, den niedrigsten Grad der Strafe zu verlassen und diese noch unter dieselbe festzusetzen. Daß dies ein unleugbares Recht der richterlichen Gewalt sey, läßt sich aus mehreren Gründen beweisen, und in der That kann man es im Interesse der Gerechtigkeit nur beklagen, daß sich die Praxis darin die Hände gebunden hat.

1) Berücksichtigt man zuvörderst das gemeine Recht, aus dessen Quellen die preußische Gesetzgebung schöpfte, und welches umzustoßen nicht entfernt beabsichtigt wurde, so wird man bei keinem der damaligen Juristen die Richtigkeit dieses Satzes bezweifelt finden.[22])

---

[22]) Es brauchen nur angeführt zu werden de Böhmer elementa jurisprudentiae criminalis. Halae 1774 Sec. II. cap. 1. §. 20. — Koch institutiones juris criminalis §. 147.

Mitigatur poena, si poena promerita ob causam specialem obviam lenior redditur.

Quistorp Grundsätze des deutschen peinlichen Rechts §. 102. — Meister principia jur. crim. §. 107. — Klein Grundsätze des gemeinen deutschen peinlichen Rechts §. 168.

Nur über das, was eigentliche Milderungsgründe seyn, bestanden Zweifel, indem eine übertriebene Nachsicht, die zu einer gewissen Zeit Mode war, zu viele Umstände in deren Bereich gezogen hatte.[23])

2) Der im Jahre 1786 erschienene Entwurf berücksichtigte die Milderung der im Gesetz verordneten Strafe nur in dem §. 58., wenn der bereuende Verbrecher alles in seinen Kräften Stehende gethan hatte, um die nachtheiligen Folgen des Verbrechens zu hintertreiben. Dagegen sollte eine besondere Instruction für die Richter nähere Regeln darüber enthalten, auf was für Milderungsgründe bei jeder Art des Verbrechens Rücksicht zu nehmen sey, damit nicht boßhaften Verbrechern ein Schlupfwinkel geöffnet, und Cautelen an die Hand gegeben würden, wodurch sie sich der gesetzmäßigen Strafe entziehen könnten.[24]) Diese Vorschrift war rathsam, wenn das Kriminalgesetzbuch beim Schulunterricht zum Grunde gelegt werden sollte, da die Lehre von den mildernden Umständen zum Zweck größerer Aufklärung nichts beitragen konnte. Es beweiset dies, daß es damals nicht Absicht war, den Richter in der Anwendung der Strafen auf das ordentliche Maß zu beschränken, und das gemeine Recht ohne irgend eine Andeutung in einem seiner Hauptpunkte zu verlassen. Denn wozu hätte die Erwähnung von Schlupfwinkeln und Cautelen dienen sollen, wenn auch bei vorhandenen Milderungsgründen nur die ordentliche Strafe zur Anwendung gekommen wäre,

---

[23]) Quistorp Grundsätze des deutschen peinlichen Rechts §.103.sqq.

[24]) Vergl. Anmerkung zum §. 82. des Entwurfs zum Kriminalrecht.

die überdies in den bedeutendsten Fällen dem Richter keinen Spielraum übrig läßt.[25]) Ganz dieselben Rücksichten würden auch für die Fortlassung der §§. 33—35. vorhanden gewesen seyn, welche die Zurechnung in Betreff der ordentlichen Strafe bestimmten.

3) Das revidirte Landrecht milderte in vielen Punkten die Bestimmungen des Entwurfs, und aus diesem Gesichtspunkte müssen die wichtigsten Abänderungen erklärt werden. So verfügte der §. 17. allgemein, daß Unmündige nicht nach der vollen Strenge der Gesetze bestraft werden sollten, in Widerspruch mit der peinlichen Gerichtsordnung, welche im art. 164. zuließ, daß die Boßheit das Alter erfülle. Den gleichen Zweck hatte die Einschaltung der Lehre vom dolus indirectus im §. 31., der §. 35. von der willkührlichen Strafe und der schon erwähnte §. 45. Wie nahe hätte es, da man sich in diesem Maße weiter ausdehnte, gründlichen Kennern des gemeinen Rechts und mit ihm heraufgewachsenen und fortgebildeten Juristen liegen müssen, hierüber das Nähere festzusetzen, wenn sich bei ihnen irgend ein Zweifel geregt hätte. Es scheint aber beinahe, als ob sie, die Möglichkeit späterer Bedenken voraussehend und ihnen vorbeugend, den §. 30. eingefügt hätten, welcher ausdrücklich festsetzte, daß die verschiedenen Grade der gesetzlichen Strafe in jedem Falle nach Vorschrift der §§. 23. 24. 25. bestimmt werden sollten. Manche Zweifel sind nur dadurch entstanden, daß von den Redactoren der preußischen Ge-

---

[25]) Dies war z. B. bei allen einfachen Todesstrafen der Fall, ebenso bei der Strafe des Betrugs und an anderen Orten z. B. §. 1014. 1023. 1026. 1091. 1098.

setzbücher eine vollständige Kenntniß des gemeinen Rechts bei ihren Nachfolgern vorausgesetzt wurde, worin man sich freilich täuschte.

4) Den dritten Grund giebt ferner die Fassung der Worte in den bestimmten Fällen, und es kann in der That keine andere als die angegebene Auslegungsweise stattfinden, wenn es heißt:

es soll Jemand mit einer gelinderen als der gesetzlichen Strafe belegt werden, §. 58.

es findet eine Milderung der sonst verwirkten Strafe statt, §. 62.

die Strafe kann zwar gemindert aber nicht erlassen werden, §. 69.

5) Auch hat hierüber in früherer Zeit eine übereinstimmende Erklärungsweise stattgefunden, und aus Kleins Annalen erhellen eine Menge von Fällen, in welchen von dieser Befugniß Gebrauch gemacht worden ist.[26])

6) Forscht man endlich nach dem Grunde jener Vorschriften, so läßt sich deren Zweckmäßigkeit nicht verkennen. Unleugbar besteht ein unendlich großer Unterschied zwischen dem verführten und dem verhärteten Verbrecher, und viele der bewährtesten Kriminalisten hatten daher den

---

[26]) Vergl. Kleins Annalen der Gesetzgebung und Rechtsgelehrsamkeit für die preußischen Staaten, Gutachten wider Jakob Zakolowsky, Bd. IX. S. 100, desgl. Gutachten wider den Brandstifter Jakob Suttermann, Bd. XII. S. 83.

Das Gesetz würde mithin wörtlich angewandt, und er zu einer lebenswierigen Zuchthausstrafe verurtheilt werden müssen, wenn keine Gründe vorhanden wären, welche die Strenge der Gesetze in Rücksicht seiner milderten.

Ferner: Urtheil über die Vergifterin Fricke, Bd. XV. S. 28. Es sind daher überall keine Gründe vorhanden, aus welchen die im §. 865. des A. G. B. bestimmte, so schon gelindeste Strafe, gesetzlich gemildert werden müßte.

Satz vertheidigt, daß eine unveränderliche Bestimmung der Strafen etwas Unmögliches sey.[27]) Nach den Principien der Gerechtigkeit, wie sie das preußische Recht vor Augen hatte, bleibt daher kein anderes, Mittel als die Milderungsgründe gesetzlich zu bestimmen. Das revidirte Kriminalrecht erschöpfte indeß diese Lehre keinesweges, und hat sie auch, wie die Wahl der Milderungsgründe zeigt, nicht erschöpfen sollen, weßhalb man, da die spätere Kriminalordnung in dieser Beziehung nicht eingriff, die preußische Strafgesetzgebung als noch etwas Unvollendetes betrachten kann.[28])

Was nun die Vorschriften über die Strafmilderung insbesondere betrifft, so ist auch hier festzuhalten, daß das Gesetz bestimmt die Befugniß dazu ertheilen muß. Daher enthält der §. 59.:

Wer die That, noch ehe er derselben überführt ist, freiwillig gesteht, gegen den soll die sonst verwirkte Schärfung der Strafe gemildert oder, wenn keine Schärfung statt findet, die gelindere gesetzliche Strafe erkannt werden,

nur einen bedingten Milderungsgrund, welcher bloß bei Arbitrirung der ordentlichen Strafe in Betracht zu ziehen ist; denn nicht das offene Geständniß, sondern die Reue gab nach gemeinem Rechte einen Milderungsgrund ab. Da

---

[27]) Vergl. Carpzow practica rerum criminalium qu. 102. No. 1. de Böhmer meditationes ad const. crim. Carol. ad art. 105. §. 3. sqq. Ferner v. Soden Geist der teutschen Kriminalgesetze. Bd. I. §. 26.

[28]) Es ist auch von einigen Gerichten bei langwierigem Arrest auf dessen Anrechnung erkannt, was nur aus diesem Gesichtspunkt zu rechtfertigen ist.

indeß ein offenes Geständniß oft eine Folge und Erklärung der Reue ist, so ließen Mehrere das, was von der Reue galt, auch von dem Geständniß gelten.[29] In wiefern die Reue ein wirklicher Milderungsgrund sey, darüber bestanden ebenfalls verschiedene Meinungen,[30] und man wählte zur Schlichtung dieses Streites den Ausweg: daß man dem offenen Geständniß einen Einfluß auf die Arbitrirung der ordentlichen Strafe bei verschiedenen Graden verlieh, wie man umgekehrt die Hintergehung des Richters durch Erdichtung falscher Umstände als Erschwerungsgrund charakterisirt hatte.

Von der Reue insonderheit handeln die §§. 60. u. 61., beide eine Umarbeitung des Entwurfs, der in den §§. 57. und 58. bestimmte:

§. 57. Reue nach vollbrachter That kann die auf das Verbrechen im Gesetz verordnete Strafe niemals abwenden.

§. 58. Sie kann aber Milderung dieser Strafe bewirken, wenn der bereuende Verbrecher aus eigener Bewegung alles, was in seinen Kräften stand, angewendet hat, die nachtheiligen Folgen seines Verbrechens zu hintertreiben, oder den daraus entstandenen Schaden zu ersetzen.

Das revidirte Kriminalrecht folgte bei der Umänderung dieser Paragraphen der Autorität von Koch, welcher der Reue nur insofern einen Einfluß auf Milderung der Strafe verstattete, als sie sich unter den Gesichtspunkt des Conats

---

[29]) Kleinschrod systematische Entwickelung der Grundbegriffe und Grundwahrheiten des peinlichen Rechts. Th. I. §. 152. Quistorp Grundsätze des deutschen peinlichen Rechts §. 116.

[30]) Koch institutiones juris criminalis §. 153. Mire enim in eo dissentiunt doctores.

bringen ließ, oder eine Erstattung des Schadens stattgefunden hatte.[31]) Die Abänderung, welche das revidirte Landrecht vornahm, lag besonders darin, daß der §. 58. des Entwurfs nur verlangte, daß der Verbrecher sich alle mögliche Mühe gegeben habe, die schädlichen Wirkungen der That zu verhindern, der §. 61. aber voraussetzte, daß diese Wirkungen wirklich verhindert seyn. Es scheint, als ob diese Bestimmung nicht sowohl aus dem materiellen Recht, als aus einer philosophischen Betrachtung über die Natur und Kennzeichen der Reue entstanden, und bereits berücksichtigt sey, was Kleinschrod von dem Falle sagt, wenn die letzte Handlung schon geschehen war, und nur die Wirkung der That, anstatt durch Zufall, durch eine nicht mehr zum Verbrechen gehörende Handlung ganz oder theilweise gehemmt wurde.[32]) Eigentlich handelt es sich in diesem Falle um eine Art des Conats, doch ist derselbe, da die Wirkung nicht immer ganz, sondern oft nur theilweise verhindert wird, den Milderungsursachen beigezählt. Jedenfalls zeigt indeß der Ausdruck: „außerordentliche Strafe," daß der Revisor bei dieser Bestimmung von einer andern Ansicht ausging, als der Redigent des Entwurfs. Dieser hatte absichtlich bei dem Conat die Bezeichnung der außerordentlichen Strafe vermieden, letztere bloß für die Verbrechen aus Fahrlässigkeit bestimmt, und in der Wirkung

---

[31]) Koch institutiones juris criminalis §. 153. Si autem quem poenitet delicti jam consummati, tunc sola poenitentia poenam ordinariam non mitigat. A poenitentia tamen separes velim restitutionem damni, aut aliud quid cum poenitentia conjunctum, e. g. patefactio consiliorum adhuc arcanorum in perduellione.

[32]) Kleinschrod systematische Entwickelung der Grundbegriffe und Grundwahrheiten des peinlichen Rechts. Th. I. §. 149. ad VI. Der erste Theil war schon 1793 erschienen.

mit der poena arbitraria gleichgesetzt, jener nahm aber an, daß die außerordentliche Strafe immer eintrete, wenn das ordentliche Strafmaß keine Anwendung leide. Wahrscheinlich wollte man auch durch diese Bestimmung auf den §. 34. hinweisen, nach welchem die außerordentliche Strafe niemals bis zum Tode oder zur Ehrlosigkeit ausgedehnt werden sollte. Offenbar hat die Einfügung dieses §. 61., indem sie die Begriffe der außerordentlichen Strafe und der Milderung zusammen warf, störend auf die systematische Ordnung des Gesetzbuches eingewirkt, und derselbe bildet daher eine ganz isolirte mit dem Uebrigen nicht in Uebereinstimmung stehende Vorschrift.

1) Eigentliche allgemeine Milderungsgründe mit voller Wirkung giebt es daher nur drei:

1) die Anzeige noch unentdeckter Mitschuldiger, §. 58.
2) der geleistete Ersatz des Schadens, §. 62.
3) die Verleitung zur That durch einen Vorgesetzten oder eine Respectsperson, §. 69.

Von den vielen Milderungsgründen des gemeinen Rechts sind daher nur diejenigen aufgenommen, durch welche dem Verbrechen vorgebeugt, oder dem dadurch veranlaßten Schaden Abhülfe geschehen kann. Eben deßhalb läßt sich nicht annehmen, daß man diese in ihrer Ausbildung von tiefer Menschenkenntniß zeugende Lehre des gemeinen Rechts als unnütz habe bei Seite setzen wollen. Durchdrungen, wie man damals war, von der Idee der Gerechtigkeit, als man Zweifel darüber hegte, ob es auch anständig sey in einem Urtheil, welches den Tod eines Menschen aussprach, auch über die Kosten zu erkennen, konnte man es unmöglich billigen, daß der Richter auf einen längern Zeitverlauf, innerhalb dessen sich der Verbrecher gebessert hatte, auf lang-

wierigen Arrest, der häufig mit der verwirkten Strafe in keinem Verhältniß stand, und selbst auf die Fürbitte des Beleidigten keine Rücksicht nehme. Hieraus läßt sich folgern, daß man auch nach der Revision des Entwurfs die weitere Ausführung jener besonderen Instruction vorbehalten wollte, die aber durch die nach Verlauf von 10 Jahren erscheinende Kriminalordnung nicht ersetzt wurde.[33])

2) Außer diesen allgemeinen Milderungsgründen giebt es noch bei den einzelnen Verbrechen specielle, welche sich zum Theil wieder auf die ersteren zurückführen lassen. So bewirkt Milderung

beim Hochverrath die eigene Anzeige einer hoch- und landesverrätherischen Verbindung, durch welche der Beschädigung vorgebeugt wird; §. 118.

bei Injurien die Erwiederung derselben für den, welcher durch eine ihm zugefügte Injurie aufgereizt ist; §. 664.

bei der Nothzucht, wenn die genothzüchtigte Person in dem Rufe einer liederlichen Lebensart gestanden hat; §. 1058.

bei dem Diebstahl die Wiederherbeischaffung des Entwendeten, in soweit sie freiwillig ohne Zuthun des Richters und ohne Schaden eines Dritten geschah; §. 1116.

beim Betruge, wenn der Betrüger freiwillig von der Ausführung des Betruges abstand, oder nach be-

---

[33]) Es geht dies auch daraus hervor, daß die mit den speciellen Milderungsgründen bei der Revision getroffenen Abänderungen durchaus nicht erheblich, und nur wenige neue Vorschriften, wie etwa der §. 1553. hinzugekommen sind. Mehrere Milderungsgründe des gemeinen Rechts lagen indeß schon in der Theorie von der Freiheit.

stem Wissen den Schaden abzuwenden bemüht war, §. 1268.

bei der Brandstiftung, wenn durch des Thäters Rufen um Hülfe zwar nicht aller Schaden, aber doch die Vergrößerung desselben verhütet ist, §. 1553.

Ob sich in diesen Fällen das Gesetz der Bezeichnung Milderung oder Minderung bedient, ist ohne Einfluß. Der Ausdruck Minderung war aus dem Entwurfe mit übergegangen, welcher sich des Wortes Milderung nur Ein Mal im §. 58. bediente. Die Fälle des §. 664., 1058., 1116. und 1268. enthielten sämmtlich die Schlichtung gemeinrechtlicher Controversen, da in denselben mehrere Rechtslehrer die gänzliche Ausschließung der Strafe vertheidigt hatten. So verhielt es sich z. B. mit der Compensation der Injurien,[34]) mit der Nothzucht, weil im Artikel 199. der peinlichen Gerichtsordnung festgesetzt war:

Item so jemandt eyner unverleumbten ehefrawen, wittwen oder jungkfrawen mit gewalt und wider iren willen ir jungfrewlich oder frewlich ehr nehme,

weßhalb man eine persona honesta als Bedingung voraussetzte,[35]) mit dem Diebstahl, wenn die Erstattung freiwillig und bevor die Untersuchung angefangen, stattgefunden hatte,[36]) und eben so beim Betruge. Jene Fälle sind daher nicht so wohl als Milderungsgründe, wie als Ursachen anzusehen, welche eine arbiträre Minderung der Strafe

---

[34]) Klein Grundsätze des gemeinen deutschen peinlichen Rechts §. 248.

[35]) Koch institutiones juris criminalis §. 285. — Meister principia juris criminalis §. 277. Andrer Meinung ist de Böhmer meditationes ad constit. crim. Carol. ad art. 119.

[36]) Vergl. über diese Controverse Koch institutiones jur. crim. §. 211. Anmerk. 2.

stattḣaft machten, was mit der Milderung gleiche Wirkung hatte, indem durch die Wahl des Ausdrucks nur auf die geringere Strafbarkeit unter solchen Umständen aufmerksam gemacht werden sollte. Auch die Lehre von den speciellen Milderungsgründen ist daher, da spätere Verordnungen darüber nicht erschienen sind, in Vergleichung zu dem gemeinen Recht, auf welches in dieser Beziehung noch immer zurückgegangen werden sollte, zu dürftig, und in jetziger Zeit den Ansprüchen an eine völlig ausgebildete Gesetzgebung, die ihr besonderes Augenmerk auf diejenigen Umstände richten wird, welche die That weniger verbrecherisch erscheinen lassen, nicht genügend.

IX.

Die arbiträre Strafe.

Die poena arbitraria war aus dem gemeinen Rechte in das preußische Kriminalrecht übergegangen, weil man der Meinung war, daß sich der Gerechtigkeit nicht in allen Fällen bestimmte Schranken vorschreiben ließen. Wenn sie aber, wie schon ad III. erwähnt, im gemeinen Kriminalrecht sehr häufig vorkam, und selbst bis zur Todesstrafe steigen konnte, so stand allerdings ein Mißbrauch der richterlichen Gewalt zu befürchten, der dem Publicum gefährlich werden konnte. Diesem vorzubeugen und die bei verschiedenen Gerichten verschiedene Praxis auszugleichen, war eine der vornehmsten Gründe, die ein Kriminalgesetzbuch zur damaligen Zeit dringend wünschenswerth erscheinen ließen. In mehreren Fällen, in welchen nach gemeinem Recht arbiträre Strafe stattfand, war daher ein gewisses Maß bestimmt, doch wurde nur beabsichtigt, ihre Anwendbarkeit

an den passenden Orten zu beschränken, nicht sie aufzuheben, und zumal nicht da, wo mehrere Fälle unter gleiche Merkmale gebracht werden können, obwohl diese wieder in Absicht der Moralität, des Erfolgs und der Klasse von Personen, welche sie betreffen, von einander abweichen. Es ist nicht füglich bei allen Verbrechen ausführbar wieder Unterabtheilungen zu machen, wie man z. B. den gemeinen Diebstahl von dem Diebstahl unter erschwerenden Umständen, und diesen von dem gewaltsamen Diebstahl trennt; sondern es gehen viele Verbrechen so in einander über, daß es unmöglich erscheint, eine feste Grenze zu ziehen. In solchen Fällen bleibt, um ein den Verbrechen angemessenes Strafmaß zu finden, nichts übrig als entweder das richterliche arbitrium so weit auszudehnen, daß es im Grunde durch Festsetzung des minimum und maximum auf eine arbiträre Strafe herauskommt, oder geradezu die Bestimmung und Wahl der Strafe dem Richter zu überlassen.[1]) Das preußische Recht schlug mit gutem Grunde den letztern Weg ein, wählte indeß meistentheils diejenigen Vergehungen, welche eine mindere Strafe nöthig machten, und in denen die Personen und die Art der Ausführung von besonderem Belange waren. Hierzu gehörten hauptsächlich die Amtsvergehungen, sofern nicht mit ihnen ein gemeines Verbrechen verbunden war. Die Festsetzung der Strafe blieb hier dem richterlichen Ermessen überlassen, doch wurde in mehreren Stellen angedeutet, welche Momente besonders in Betracht zu ziehen seyn. Vergleicht man die einzelnen Fälle, so ergiebt sich, daß man sich theils aus diesem Grunde, theils um die öftere Wiederholung gleicher Ausdrücke zu

[1]) Das Kriminalgesetzbuch Sachsens nimmt in vielen Fällen ein maximum an, über welches hinaus der Richter nicht erkennen soll.

vermeiden, sehr verschiedenartiger Beziehungen bediente. So findet man in den ersten vier Abschnitten:

a) eine dem Vergehen angemessene, empfindliche Leibes- oder verhältnißmäßige Geldstrafe; §. 124.

b) nachdrückliche Geld- oder Leibesstrafe nach Beschaffenheit der Person und ihres Vermögens; §. 130.

c) nach Beschaffenheit der Umstände, des Grades der Nachläßigkeit, und des dem Staate daraus entstandenen Schadens, Gefängniß- oder zeitige Festungsstrafe; §. 132.

d) nach Verhältniß des Grades der Fahrlässigkeit, der Wichtigkeit des Gegenstandes und des dem Staate wirklich zugefügten Schadens zeitige Gefängnißstrafe oder Festungsstrafe; §. 142.

e) eine der Verschuldung und der Größe des Hauptvergehens angemessene Strafe; §. 154.

f) verhältnißmäßige Geld- oder Gefängnißstrafe; §. 178. 182. 183.

g) nachdrückliche Geld- oder Leibesstrafe. §. 185.

Zum größten Theil entsprangen die Verbrechen, für welche jene Strafbestimmungen gegeben waren, nicht aus böser Absicht, und knüpften sich somit an den §. 33., was wiederum zum Beweise dient, daß man die außerordentliche Strafe als von der poena arbitraria nicht getrennt betrachtete. Der Ausdruck: „willkührliche Strafe" findet sich erst vom §. 332. ab, kehrt aber in den §§. 529. 715. 731. sqq. und öfter wieder.

Ganz allgemein ist im §. 44. die Strafbarkeit der Drohungen, ein gewisses Verbrechen begehen zu wollen, vorgeschrieben.[2])

---

[2]) Es ist bereits angeführt, daß das preußische Recht die Dro-

In einigen Fällen war für die erste Uebertretung gar keine Strafe festgesetzt, sondern es trat eine Belehrung, Verwarnung oder Androhung ein, und erst im Falle der Wiederholung folgte die Strafe, z. B. §. 220. und 228.

Auch liegt es in der Einrichtung des preußischen Gesetzbuches, welches zuerst dem Volke das ihm lange verschlossene Recht zugänglich machen wollte, daß in der Regel den einzelnen Abschnitten ein oder mehrere allgemeine Paragraphen vorgestellt sind, welche den Inhalt jener bezeichnend, allgemein eine Strafbarkeit verordnen, oder sich auch des Ausdrucks „verhältnißmäßige Strafe" bedienen, und indem sie in dem Folgenden ihre Erklärung finden, scheinbar aus der Reihe der Strafbestimmungen ausscheiden, wie z. B. in den Fällen der §§. 510., 692. und 1106.

Allein diese Bestimmungen hatten auch einen wichtigen legislativen Zweck, denn sobald eine Handlung oder Unterlassung in den Gesetzen verboten war, trat sie nach dem §. 9., namentlich wenn damit eine Beschädigung verknüpft war, in die Kategorie der Verbrechen. Auch in dieser Beziehung stimmte daher das preußische Recht mit dem gemeinen peinlichen Recht überein, welches dergleichen nicht namentlich verpönte Handlungen delicta innominata nannte, rücksichtlich deren die peinliche Gerichtsordnung im Art. 105. eine arbiträre Strafe in folgenden Worten vorgeschrieben hat:

Von unbenanten peinlichen fellen unnd straffen.

Item ferner ist zu vermercken inn was peinlichen fellen oder verklagungen die peinlichen straff inn

---

hungen, ein bestimmtes Verbrechen begehen zu wollen, zum letzten Grade des Conates rechnete.

disen nachvolgenden artickeln nit gesetzt oder genugsam erklert oder verstendig wer, sollen Richter und urtheyler radts pflegen wie inn solchen zufelligen oder unverstendlichen fellen, unsern Keyserlichen rechten und diser ordnung am gemessigsten gehandelt und geurtheylt werden soll, und alsdann jre erkanntnifs darnach thun.

In sofern sich also der Richter bei der Bestimmung solcher arbiträren Strafen an die ähnlichsten Fälle halten muß, und insofern auch die arbiträren Strafen mit dem ganzen Strafrecht in einem gewissen Verhältniß stehen müssen, ist es nicht allein ein Recht, sondern selbst eine Pflicht des preußischen Richters, von der Analogie Gebrauch zu machen.[3])

Im Allgemeinen tritt daher die arbiträre Strafe ganz in denselben Fällen ein, in welchen sie nach gemeinem Rechte Anwendung fand,

1) wenn nehmlich die Bestimmung der Strafe dem richterlichen Ermessen ausdrücklich überlassen war, wie durch die Worte: willkührliche, verhältnißmäßige, angemessene Strafe u. s. w. geschieht;

2) wenn ferner eine Handlung bei Strafe untersagt war, ohne daß etwas näheres beigefügt ist.

Bei näherer Betrachtung finden sich indeß in mehreren Stellen auffallende Ungenauigkeiten des Ausdrucks. So

---

[3]) Das preußische Gesetz bestraft z. B. den wissentlichen und unvorsichtigen Ankauf gestohlner Sachen, §. 1238., sqq. nicht aber solcher Sachen, die im Wege des Betruges oder der Unterschlagung gewonnen sind. Hier muß noch nach den §§. 1105. und 1106. Analogie eintreten. Eben so wenn Jemand wissentlich oder unvorsichtig gestohlne Sachen erst aus der dritten Hand kaufte, z. B. wenn der Dieb sie einem Andern überlassen hat. — Thierquälerei würde nach dem §. 183. insofern strafbar seyn, als sie ein Aergerniß abgeben könnte, eben so Trunkenheit.

verordnet z. B. der §. 214. rücksichtlich der Beleidigung der Religionsgesellschaften eine verhältnißmäßige Strafe, und bestimmt diese auf das Maß von 4 Wochen bis zu 6 Monaten. Dieselbe Bewandniß hat es mit den §§. 780. und 781., desgleichen 797. und 798. Es soll ferner nach dem §. 995. eine willkührliche körperliche Züchtigung, Gefängniß- oder Zuchthausstrafe, so wie nach dem §. 1046. eine verhältnißmäßig willkührliche Strafe eintreten, und nach dem §. 1086. ist selbst die Ausdehnung der willkührlichen Leibesstrafe bis zu zweijähriger Zuchthaus- oder Gefängnißstrafe gestattet.

Da man dergleichen Irregularitäten der Redaction des Entwurfs nicht zur Last legen konnte, so leitet dies von selbst zu der Annahme, daß sich bei der Revision des Entwurfs andere Meinungen hervorgethan haben, und es namentlich rathsam gefunden wurde, dem arbitrio judicis noch engere Schranken zu ziehen. Um diesen Ansichten Geltung zu verschaffen, erschien es nothwendig, einzelne Abänderungen vorzunehmen und Strafen einzufügen. Alsdann wäre aber eine nochmalige gründliche Bearbeitung um so nöthiger gewesen, je allgemeiner jene Abänderungen waren und je tiefer sie in das Wesen des Strafrechts eingriffen. Sobald hierbei oberflächlich verfahren wurde, konnten Zweifel und Mißverständnisse nicht vermieden werden, und es sind dergleichen theilweise Abänderungen wohl im Stande, die ganze Anordnung zu verwirren und die Einheit eines Gesetzbuches zu zerstören.[4])

Daß dem wirklich so sey, zeigt eine Vergleichung des

---

[4]) Dasselbe gilt theilweis von den neueren Strafrechten, deren Discussion in den Ständeversammlungen erfolgte.

Entwurfs mit dem jetzt gültigen Kriminalrecht, in welchem folgende Paragraphen:

§. 34. Findet nur eine außerordentliche Strafe statt, so kann dieselbe niemals bis zum Tode oder zur Ehrlosigkeit ausgedehnt werden.

§. 35. Wenn die Gesetze eine willkührliche Strafe verordnen, so darf dieselbe nicht über Gefängnißstrafe von 6 Wochen oder 50 Rthlr. Geldbuße ausgedehnt werden.

eingeschoben sind. Es wurde somit, nachdem die eigentliche Bearbeitung schon vollendet war, für die arbiträre Strafe oder mindestens für eine Unterart derselben, die man willkührliche Strafe nannte, durch den §. 35. ein Maß bestimmt, und dies mußte, da diese Strafe sehr niedrig festgesetzt war, eine Umarbeitung aller derjenigen Stellen zur Folge haben, für welche dieselbe nicht mehr passend erschien. Eben so wurden auch in mehreren anderen Fällen, in welchen der Entwurf eine arbiträre Strafe vorschlug, bestimmte Strafen festgesetzt. So verordnete z. B. der §. 193. des Entwurfs, der dem §. 214. des revidirten Landrechts entsprach, für die Kränkung aufgenommener Religionsgesellschaften nur eine verhältnißmäßige Gefängniß- oder Zuchthausstrafe mit Weglassung des Maßes. Zwar finden sich die §§. 781. und 798., welche bestimmte Strafen für die körperlichen Beschädigungen aus grober Nachlässigkeit und aus Vorsatz enthalten, in den §§. 660. und 668. des Entwurfs, doch erscheint es fast wahrscheinlich, daß der Redigent desselben auch hier die poena arbitraria des gemeinen Rechts beibehalten wollte und jene Paragraphen erst später zugesetzt wurden. Bei dem §. 1046., welchem der §. 839. des Entwurfs correspondirt, ist das Wort willkührlich erst ein-

geschoben, und ebenso ist der §. 1086. im Entwurfe gar nicht enthalten, sondern bei der wesentlichen Umgestaltung des Abschnittes von den Beleidigungen der Freiheit erst hinter dem §. 872. des Entwurfs, welcher dem §. 1085. des revidirten Rechts entspricht, neu eingefügt worden.

Es scheint nicht uninteressant, aus der Allgemeinen Gerichtsordnung und dem Allgemeinen Landrecht diejenigen Fälle zusammenzustellen, in denen arbiträre Strafen vorgeschrieben sind. Es ergiebt sich hierbei aus mehreren Stellen, daß man zur Anwendung des §. 35. nicht genau bei dem Ausdruck „willkührliche Strafe" stehen blieb, sondern auch, wo man es sonst für zweckmäßig hielt, die Verweisung auf diesen §. stattfinden ließ.

Man kann hierbei drei Hauptklassen machen, je nachdem der Ausdruck

1) willkührliche Strafe,

2) verhältnißmäßige Strafe,

oder endlich

3) eine andere Bezeichnung

gebraucht worden ist.

I. Allgemeine Gerichtsordnung.

Willkührliche Strafe.	Verhältnißmäßige Strafe.	Andere Ausdrücke oder nichts.
I. 7. §. 37. Weigerung die Insinuation zu bescheinigen.	I. 7. §. 10. Strafe der Gerichte, welche die Insinuation zur Ungebühr weigern.	I. 2. §. 164. Eingriff in fremde Jurisdiction Seitens der Gerichte.
I. 7. §. 41. Strafe für Parteien, welche den Boten zu falschen Angaben verleiten.	III. 1. §. 34. Strafe inländischer Parteien, welche sich im Auslande wohnender Winkelcousulenten bedienen. *a*)	I. 10. §. 105. Weigerung einer dritten Person zur Ableistung des Editionseides auf ein deßfallsiges vollständiges Gesuch.
I. 10. §. 148. Erbieten zum Diffessionseide bei einem eigenen Do-		

a) Hier ist auf den §. 35. Tit. 20. Th. II. Bezug genommen.

Willkührliche Strafe.	Verhältnißmäßige Strafe.	Andere Ausdrücke oder nichts.
cument des Producten, wenn nachher dessen Richtigkeit erwiesen ist. I. 14. §. 77. Strafe des Ungehorsams gegen richterliche Verfügungen, wenn ein Restitutionsgesuch eingebracht wird. I. 35. §. 79. Außerordentliche Strafe in Betreff derjenig. Vergehen, welche die fiscalische Untersuchung nach sich ziehen. *a*)		I. 10. §. 184. Strafe renitenter Zeugen, die sich weigern zu erscheinen oder ihre Wissenschaft von der Sache anzugeben. I. 10. §. 299. mißglückte Vertretung des Gewissens durch Beweis, wenn Eidesdelation stattgefunden hat. I. 16. §. 21. Zurückbehaltung von Documenten u. demnächst darauf gegründete Nullitätsklage. I. 23 §. 53. Einlegung von Rechtsmitteln aus Chikane. *a*) III. 1. §. 26. Strafe derjenigen, welche einer Justizperson Geschenke anbieten.
a) Hier ist auf den §. 35. Tit. 20. Th. II. Bezug genommen.		*a*) Hier ist auf den §. 35. Tit. 20. Th. II. verwiesen.

II. Allgemeines Landrecht.

Willkührliche Strafe.	Verhältnißmäßige Strafe.	Andere Ausdrücke oder nichts.
II. 8. §. 1455. Strafe untüchtiger Schiffer. II. 8. §. 1544. Strafe untüchtiger Matrosen. *a*) II. 10. §. 79. Strafe desjenigen der sich eigenmächtig die Verwaltung eines Amtes anmaßt. *b*)	I. 13. §. 44. eigenmächtige Substitution von Seiten eines Beamten. II. 1. §. 119. unbegründeter Rücktritt von einem Eheverlöbniß Seitens des Bräutigams, wenn keine Abfindung bestimmt ist.	I. 9. §. 54. Vernachlässigung der hinsichtlich der Bekanntmachung des Fundes ertheilten Vorschriften Seitens des Richters. I. 12. §. 604. Strafe für das Verlieren von Testamenten.
a) II. 8. §. 1599. Hier ist Leibesstrafe, also Gefängniß oder Züchtigung. *b*) II. 10. §. 79. Wenn hier nicht beabsichtigt wäre, über das Maß des		

Willkührliche Strafe.	Verhältnißmäßige Strafe.	Andere Ausdrücke oder nichts.
II. 15. §. 169. Mißbrauch eines öffentlichen Siegels in Privat-Angelegenheiten zur Vollstreckung von Postcontraventionen. Hier ist auf den §. 35. verwiesen. II.18.§.169. Verschweigung einer Schuld Seitens des Vormundes an den Minorennen. Hier ist das maximum bis zum 10ten Theil der Forderung bestimmt. *c*) II. 17. §. 139. Auswanderung ohne Erlaubniß.	II.1.§.149. leichtsinnige Vernachläßigung der Vorschriften über Ehehindernisse. Vrgl. II. 20. §. 503. II. 1. §. 155. unterlassene Befolgung der wegen des Aufgebots ertheilten Vorschriften II. 7. §. 168. Eingehung von Ehen Seitens der Unterthanen ohne herrschaftliche Erlaubniß. *a*)	I. 12. §. 610. Strafe derjenigen, die durch Gewalt oder Betrug ein Testament bewirkt haben, falls ihnen kein gesetzliches Erbrecht zusteht. II. 12. §. 48. Strafe nachläßiger Eltern, die die Kinder nicht zum gehörigen Schulbesuch anhalten. II.12. §.85. Excesse der Studenten. II. 8. §. 1547. Strafe eigenmächtig ausgetretener Schiffsleute, wenn sie der Schiffer nicht wieder annehmen will. II. 8. §. 1594. Nachläßigkeit u. Unachtsamkeit des Schiffsvolkes. II. 18. §.107. Vernachläßigung der Vorschriften in Anordnung der Vormundschaften Seitens der Richter.

§. 35. hinauszugehen, würde sich die Vorschrift des §. 81. nicht rechtfertigen lassen, der für die Anmaßung des Amtes eine fiscalische Strafe von 10—300 Thl. festsetzt.

c) II. 18. §. 169. Dieser §. correspondirt mit dem §. 132. des Entwurfs, das Maß ist erst später zugefügt.

a) II. 7. §. 168. Hier ist das Maß auf 3 Tage bis 4 Wochen festgesetzt.

Kriminalrecht.

Willkührliche Strafe.	Verhältnißmäßige Strafe.	Andere Ausdrücke oder nichts.
	§. 178. Verweigerung der Hülfe bei Aufruhr oder Widersetzlichkeit gegen die Obrigkeit, wenn sie ohne eigene Gefahr geleistet werden konnte.	§. 44. Drohungen in Bezug auf ein gewisses Verbrechen.
	§. 183. Erregung von Unruhen auf d. Straßen oder Verübung grober Unsittlichkeiten.	§. 72. Beistand zur Ausführung eines Verbrechens, welcher jedoch zur Verübung desselben nicht nothwendig. *a*)
		§. 78 u. 79. Verleitung eines Anderen zum Trunk mit doloser, jedoch nicht auf ein bestimmtes Verbrechen gerichtet. Absicht, (dolus indeterminatus)
		§. 82. unterlassene Hinderung eines Verbrechens. *b*)
		§. 121. 122. 123. 124. Strafen zur Vorbeugung hochverrätherischer Pläne, als für Reisen in feindliche Länder, verdächtige Correspondenz u. Beherbergung fremder Personen.
		§. 125—130. u. §. 132. desgl. Anlegung von Privatfestungen, Aufsammlung von Waffen, Sammlung von Rissen u. Operationsplänen u. Mangel an Aufmerksamkeit Seitens obrigkeitlicher Personen.
		a) Der §. 72. stimmt mit dem gemeinen Rechte überein und der §. 73. machte eine auch nach gemeinem Recht anerkannte Ausnahme.
		b) Quistorp Grundsätze des deutschen peinlichen Rechts §. 61.

Willkührliche Strafe.	Verhältnißmäßige Strafe.	Andere Ausdrücke oder nichts.
		§. 142. Bekanntmachung resp. Ausplauderung von Staatsgeheimnissen.
		§. 154. Verbreitung aufrührerisch. Schriften.
	§. 214. Beleidignng d. recipirten Religionsgesellschaften. *a*)	§. 240. Mißbrauch der vom Staat verliehenen Rechte unter Ueberschreitung der polizeilichen Vorschriften. *a*)
§. 332. Strafe der Vorgesetzten, die Jemand um Vortheile zu einem Amt befördern. *a*)	§. 333. 334. und 337. Amtsvergehungen sowohl aus Vorsatz als aus grober und geringer Fahrlässigkeit, desgleichen Erpressungen im Amt.	§. 319. Strafe der Jagdcontravention u. Beeinträchtigung der Fischereigerechtigkeit.
	§. 345. Strafe nachlässiger Vorgesetzten.	§. 349. Eingehung von Geld-Verbindungen Seitens der Vorgesetzten mit ihren Untergebenen.
	§. 352. u. 354. Vergehungen wider die Subordination und Ueberschreitung vernünftiger Schranken bei Handhabung der Disciplin.	§. 357. u. 358. gebrochene Amtsverschwiegenheit sowohl aus Vorsatz als aus Leichtsinn. cf. §. 462.
§. 391. mäßige u. geringe Versehen bei Vollstreckung d. Strafe.	§. 355. u. 356. Reisen ohne Urlaub oder dessen eigenmächtige Verlängerung.	§. 386. u. 388. sqq. Strafe der Richter, die eine Kriminalstrafe ohne Erkenntniß zur Vollziehung bringen, oder Ueberschreitung der Grenzen; desgleichen alle dabei vorgefallenen groben Versehen.
§. 393. Vollziehung einer gelinderen Strafe, statt der erkannten härteren.	§. 370. Strafe derjenigen, welche Gerichtspersonen Vortheile anbieten, um sie sich geneigt zu machen, wenn sich der Vortheil nicht schätzen läßt.	
§. 500. Offenbarung von Geheimnissen, die unter dem Siegel der Beichte anvertraut sind.		
§. 529. Verletzung des Hausrechts ohne anderes Verbrechen. *b*)	§. 416. u. 432. Vergehen von Finanzbedienten und Kassenbeam-	§. 396. Vernachlässigung der richterlichen Pflichten aus Mitlei-

a) Im §. 332. ist willkührliche Geldstrafe bestimmt, doch leidet es keinen Zweifel, daß deren Verwandlung statthaben kann, wiewohl der §. 87. nur den umgekehrten Fall betrifft.

b) Die Verletzung des

a) Die bestimmte Strafe ist erst bei der Revision hinzugefügt, indem der Entwurf bloß verhältnißmäßige Strafe verordnete. Und deßhalb ist dieser §. hier mit aufgeführt.

a) Das Strafmaß bis zu 50 Rthl. ist erst bei der Revision hinzugefügt, u. fehlt im Entwurf.

Willkührliche Strafe.	Verhältnißmäßige Strafe.	Andere Ausdrücke oder nichts.
§. 702. Cur innerer und äußerer Krankheiten ohne Erlaubniß des Staates. *a*) §. 714. unterlassene Anzeige der Prediger und Küster von dem sträflichen Betragen der Hebammen. §. 720. Weigerung der Hebammen, ihren Beistand zu gewähren. §. 726. unterlassene Verbrennung der Effecten derjenigen, welche an pestartigen Krankheiten gestorben sind. §. 732. Vergehen gegen die öffentliche Reinlichkeit in den Straßen. §. 733. 735. u. 736. unvorsichtiges Betragen in Gegenwart von Schwangeren, desgleichen Ausübung des Züchtigungsrechtes gegen solche. §. 755. Aufhetzen der Hunde gegen Menschen. §. 906. Entdeckung des Geheimnisses einer anvertrauten Schwangerschaft.	ten aus Irrthum oder Nachlässigkeit. §. 437. u. 439. Strafe nachlässiger Kassencuratoren und anderer Vorgesetzten. §. 524. Ueberschreitung der Grenzen der Nothwehr und dadurch erfolgte Beschädigung. §. 779. Grobe Vernachlässigung der allgemeinen Vorsicht und dadurch bewirkte Beschädigung eines Menschen am Leibe oder Leben. *a*) §. 797. Vorsätzl. schwere Beschädigung *b*)	den in Betreff der Verbrechen. §. 445. eigenmächtige Annahme von Zahlungen, die der Kasse gebühren, Seitens eines Vorgesetzten und Kassenofficianten. §. 516. Beschädigung eines Andren, bei welcher Jemand in seinem Rechte ist, aber eine Zeit oder einen Ort absichtlich gewählt hat, wo der Gebrauch einen unmittelbaren Schaden zufügt. §. 559. Ueberschreitung des Züchtigungsrechtes. § 739. Strafe Derjenigen, die Kinder unter 2 Jahren bei sich schlafen lassen. §. 774. u. 775. Unterlassung der Einfassung von Bauplätzen. §. 1019. Strafe der Hurenwirthe, die zur Verhütung von in ihren Häusern vorgefallenen Verbrechen nicht alle mögliche Sorgfalt angewendet haben.
Hausrechtes fehlt als delictum nominatum im Entwurf. Wenn bei der Revision neue delicta namentlich angegeben sind, ist mehrfach willkührliche Strafe festgesetzt. *a*) Bei gewissen Klassen von Personen ist die Strafe bestimmt.	*a*) Die im §. 779. als verhältnißmäßig bezeichnete Strafe wird jedoch im §. 780. bestimmt. Ist Jemand am Vermögen beschädigt, so muß zur Anwendung der Strafe ein Polizeigesetz übertreten seyn. §. 1107. *b*) Auch diese Strafe ist im §. 798. näher bestimmt, war aber nach gemeinem Recht poena arbitraria.	

Willkührliche Strafe.	Verhältnißmäßige Strafe.	Andere Ausdrücke oder nichts.
§. 995. Verleitung von Kindern durch Gesinde und Hausgenossen zur Wollust. *a*) §. 1038. Unzucht der Vormünder mit ihren Pflegebefohlen., wenn erstere die Verführer sind. §. 1046. Strafe für die Eltern bei dem Zusammenschlafen von Geschwistern verschiedenen Geschechts, wenn das jüngere das 10te Jahr vollendet hat. §. 1062. Strafe des Ehemannes wegen Ehebruchs mit einer ledigen Weibsperson, wenn die Ehe deshalb getrennt wird, und der beleidigte Ehegatte auf Bestrafung angetragen hat. §. 1085. Menschenraub, wenn die Kinder wieder herbeigeschafft sind, und keinen Schaden erlitten haben. *b*) §. 1101. Entführung mit Einwilligung der Entführten, wenn später der Consens der Berechtigten erfolgte. §. 1103. Strafe gegen die Entführte, auf den Antrag der Berechtigten. *c*)	§. 1106. u. 1107. Beschädigung des Vermögens eines Anderen im Allgemeinen und aus Fahrlässigkeit, letzteren Falls jedoch nur wenn von dem Beschädiger ein Polizeigesetz übertreten ist. §. 1326. Betrag, der bei einem über ein Geschäft entstandenen Rechtsstreit ausgemittelt ist. *a*) §. 1380. Verfälschung von Urkunden zur Ausübung eines Betrugs noch außer der ordinären Ahndung des Betrugs.	

a) Hier ist ein maximum bis zu sechs Monaten bestimmt.

b) Diese Strafe ist im folgenden §. bestimmt und dieser §. bei der Revision eingeschoben. Das Maß überschreitet den §. 35. bei weitem.

c) Der §. 1103. enthält

a) Der §. 1326. verweist auf den §. 35.

Willkührliche Strafe.	Verhältnißmäßige Strafe.	Andere Ausdrücke oder nichts.
§. 1236. u. 1237. Unterlassene Ablieferung wahrscheinlich gestohlener Sachen von Pfandverleihern und Kaufleuten.		
§. 1240. u. 1245. Ankauf oder Annahme gestohlener Sachen mit Verabsäumung der gesetzlichen Vorsicht. *a*)		
§. 1254. Nöthigung durch Concussion zu einem nachtheiligen Vertrage.		§. 1291. Auf- und Verkäuferei nach Bestimmung der Polizeigesetze.
§. 1264. Betrug, welcher noch nicht vollendet ist, oder bei welchem sich der Betrag d. beabsichtigten Vortheils oder verursachten Schadens nicht ausmitteln läßt. *b*)		
§. 1321. Vorschüsse an unordentliche Personen, zwar nicht aus Eigennutz, wohl aber aus andrer unerlaubter Absicht. *c*) Desgl. auch Strafe derjenigen, welche aus der		§. 1308. Stiftung von Uneinigkeiten in Familien aus eigennützigen Absichten.

eine Verweisung auf den §. 35.

a) Sowohl der §. 1236. als der §. 1240. enthalten eine Verweisung auf den §. 35.

b) Im §. 1264. ist ebenfalls auf den §. 35. verwiesen. Eine solche Schätzung des Vortheils oder Verlustes ist z. B. nicht möglich im Fall des §. 1309. Der Entwurf hat im §. 1264. verhältnißmäßige Strafe.

c) Im §. 1321. wird auf den §. 35. verwiesen.

Willkührliche Strafe.	Verhältnißmäßige Strafe.	Andere Ausdrücke oder nichts.
Verführung junger Leute ein Gewerbe machen.		
§. 1410. Nicht angewendete Sorgfalt bei Ablegung eines Eides, wenn von dem Schwörenden der Irrthum selbst angezeigt wird.	§. 1488. Beschädigung aus Rache, Bosheit oder Muthwillen im Allgemeinen.	§. 1490. Geringe Beschädigung aus Muthwillen.
§. 1440. Annahme eines fremden Familiennamens ohne unerlaubte Absicht. *a*)		
§. 1451. Bezeichnung von Waaren mit dem Namen oder Merkmale inländischer Fabrikanten oder Kaufleute. *b*)		
		§.1538—1554. Uebertretung der zur Verhütung von Feuer vorgeschriebenen Vorsichtsmaßregeln, nach den Polizeiverordnungen.

a) Nach dem §. 1440. erfolgt zuvor eine Untersagung und Androhung der Strafe, daher letztere erst im Wiederholungsfalle vollstreckt werden konnte. Die beiden Verordnungen vom 30. October 1816 und 15. April 1822 (vergleiche Gesetzsamml.) verbieten ohne Weiteres die Annahme eines andern Namens ohne landesherrliche Erlaubniß. Doch hat dies auf die anonyme Schriftstellerei keinen Einfluß gehabt.

b) Bei dem §. 1451. ist auf den §. 35. verwiesen.

In mehreren Fällen ist das arbitrium in sofern beschränkt, als nur eine Geldstrafe verordnet ist, z. B. §. 345, 349, 352, 416, 445, 500. u. s. w.

in anderen Fällen ist dagegen die Geldstrafe ausgeschlossen, z. B. §. 357, 370, 1085, 1101.

Es folgt indeß von selbst, daß die nothwendige Strafänderung nicht gehemmt wird, und daß, wie die Verwandlung einer nicht ausführbaren Gefängnißstrafe nach dem §. 87. in Geldstrafe, so die Verwandlung der Geldstrafe in Gefängnißstrafe zulässig ist. Eine nähere Betrachtung dieser Fälle zeigt, daß das preußische Recht sich ursprünglich eng an das gemeine Recht anschloß, indem die poena arbitraria in den meisten Fällen, in denen sie früher Anwendung gefunden hatte, beibehalten war. Es erscheint selbst wahrscheinlich, daß der Entwurf sich bei seiner ersten Abfassung dem gemeinen Rechte noch mehr näherte, und daß auch schon diesem specielle Strafbestimmungen beigefügt waren. [5])

Es ergiebt sich auch ferner, daß anfänglich die Benennung

willkührliche Strafe,

nichts weiter als eine bloße Uebersetzung des Ausdrucks

poena arbitraria

war, und daß man erst später darauf kam, an dieses Wort eine besondere Unterscheidung zu knüpfen, und für dergleichen Fälle eine Freiheitsberaubung von 6 Wochen als das höchste Maß zu bestimmen. Es läßt sich sogar mit gutem Grunde annehmen, daß dies erst nachträglich geschah, als man mit der Revision schon vorgegangen war, und bei

---

[5]) Dies ergiebt sich aus den §§. 660. und 668. des Entwurfs.

dieser zu bemerken glaubte, daß dem Richter ein zu großer Spielraum gelassen werde. Ohne dies würde man es nicht für nöthig gehalten haben, da wo willkührliche Strafe verordnet war, noch erst auf den §. 35. zu verweisen, und jedenfalls hätte man sich in den §§. 995, 1046, 1085. anderer Ausdrücke bedient.

Hieraus erklärt es sich auch, daß für wichtige Verbrechen, wie z. B. die Concussion im §. 1254. eine so unverhältnißmäßig geringe und mit dem §. 1255. in großem Contrast stehende Strafe festgesetzt war, die zu der Cabinetsordre vom 6. Mai 1825 Veranlassung gegeben hat. Die Redaction des Entwurfs hatte nach reiflicher Prüfung hier arbiträre Strafe in Uebereinstimmung mit dem gemeinen Rechte eintreten lassen, und es war bei dessen Revision der Ausdruck: „willkührliche Geld- oder Gefängnißstrafe" nicht wieder in Betracht gezogen. Die Anwendung des §. 1536, welche das angeführte Gesetz gebietet, muß nothwendig den Uebelstand mit sich führen, daß die Entscheidung der oft so zweifelhaften Frage: ob eine lebensgefährliche Behandlung angedroht sey, den Richter verpflichtet, zwischen einer Freiheitsstrafe von höchstens 6 Wochen, oder zwischen einer mindestens dreijährigen Zuchthausstrafe zu wählen. [6])

Alles zusammengenommen, so kann man hiernach folgendes als erwiesen annehmen:

1) daß das in dem §. 35. bestimmte Strafmaß sich nur auf diejenigen Vorschriften bezieht, in welchen der

[6]) Der §. 1536. lautet:
Wer durch dergleichen Drohungen Geld- oder andere Vortheile von einzelnen Privatpersonen zu erpressen sucht, der soll mit Zuchthausstrafe von 3 bis 6 Jahren belegt werden.

Ausdruck: „willkührliche Bestrafung" gebraucht ist, oder in welchen ausdrücklich auf den §. 35. verwiesen wird;

2) daß in den übrigen Fällen das Strafmaß lediglich von dem richterlichen arbitrium abhängt, und wo z. B. Geld- oder Leibesstrafe steht, auch die Wahl der Strafe dem Richter überlassen ist, so daß es ihm freisteht, auch den Umständen nach eine körperliche Züchtigung festzusetzen;

3) daß sich in den Fällen, in welchen auf die Polizeigesetze Bezug genommen ist, die Strafe nach diesen richten muß, daß aber, wo dergleichen Bestimmungen fehlen, die Handlung als delictum innominatum strafbar bleibt, so wie denn überhaupt das preußische Recht dergleichen Innominatverbrechen keinesweges abschaffen wollte.

Rücksichtlich der Anwendung dieser Strafen kann auch der preußische Richter noch immer den Regeln folgen, welche vor beinahe zweihundert Jahren Carpzow seinen Zeitgenossen gab, und die mit seinen eigenen Worten hier schließlich eine Stelle finden mögen:

Es lassen sich (sagt er) aus dem Angeführten die arbiträren Strafen entnehmen, welche überhaupt alsdann eintreten, wenn in den Gesetzen keine feste Strafe bestimmt ist, oder wenn das Verbrechen mit einer extraordinären Strafe bedroht wird, die in diesem Falle als eine arbiträre betrachtet werden muß. Bei ihrer Anwendung hat der verständige Richter die Pflicht, die Umstände genau zu prüfen, und gewissenhaft abzuwägen, und sich frei von affectirter Härte, aber auch eben so frei von affectirter Milde zu halten, auch sowohl in der Strenge als in der Gelin-

digkeit auf die Natur des extraordinären Verbrechens zu achten. Dieses Streben, diese Vorsicht wird um so nothwendiger, je weniger bei der oft so verschiedenen und vielfachen Gestaltung der Verbrechen, und bei der Mannigfaltigkeit der einwirkenden Umstände, die Strafen extraordinärer Vergehen in ein fest bestimmtes Maß gebracht werden können. —

X.

Von der Begnadigung.

Dem Herzen des Fürsten, welchen die Deutschen unter dem Bilde eines Vaters verehrten, wird stets daran liegen, die Fälle kennen zu lernen, in welchen die Gnade wirksam Platz greifen kann. Nicht als ob eine Verpflichtung dazu existire, denn:

Das Recht der Gnade weiß von keinem Zwang,
Sie träufelt, wie des Himmels milder Regen,
Zur Erde unter ihr; zwiefach gesegnet:
Sie segnet den, der giebt, und den, der nimmt;
Am mächtigsten im Mächt'gen, ziert sie
Den Fürsten auf dem Thron mehr als die Krone.
Das Zepter zeigt die weltliche Gewalt,
Das Attribut der Würd' und Majestät,
Worin die Furcht und Scheu der Kön'ge sitzt;
Doch Gnad' ist über diese Zeptermacht,
Sie thronet in dem Herzen der Monarchen,
Sie ist ein Attribut der Gottheit selbst,
Und ird'sche Macht kommt göttlicher am Nächsten,
Wenn Gnade bei dem Rechte steht. —

aber diejenigen, welche die Gnade und zwar häufig unter Angabe falscher Thatsachen nachsuchen, sind ihrer oft am wenigsten würdig.

Montesquieu hielt die Gnade für das Bezeichnende in den Monarchien. Da hier die Ehre vorwalte,

meinte er, daß oft schon die Verurtheilung die Strafe bilde und ihre Stelle ersetze, überhaupt aber die Gnade bei ihrer Anwendung leicht von der Schwäche und Unmacht unterschieden werden könne. [1])

Es kommt aber hierbei in Betracht, daß die Ehre bei der Verschiedenheit der Stände und der Verhältnisse nicht als ein allgemein durchgreifendes Princip betrachtet werden kann. Auch widersprach ihm Beccaria in dieser Beziehung, indem er annahm: daß die Gesetze wie Felsen stehn, ihre Vollzieher unerbittlich, die Gesetzgeber aber bei ihrer Abfassung gelinde und menschlich seyn müßten. [2])

Filangieri trat dieser Ansicht unter einer näheren Widerlegung von Montesquieu fast mit den nämlichen Worten bei. [3])

Der Gesetzgebung bleibt es aber auch bei der größten Milde der Strafen, worin doch andrerseits ein durch die Klugheit gebotenes Maß eingehalten werden muß, unmöglich, neben der Gerechtigkeit auch die Billigkeit in vorkommenden Fällen zu erreichen. Beide lassen sich miteinander durch die Gnade versöhnen, welche die Motive der That und die näheren Umstände aus einem rein menschlichen Gesichtspunkte betrachtet. Dagegen schadet die Gnade, wenn sie an Unwürdige und wenn sie zu häufig gespendet wird, weil sie sich in solchen Fällen auch mit den höheren Rücksichten der Billigkeit nicht in Einklang bringen läßt, und weil die häufigen Aufhebungen der richterlichen

---

[1]) Montesquieu de l'esprit des lois. Livre VI. chap. 21.

[2]) Beccaria von Verbrechen und Strafen. §. 46.

[3]) Filangieri System der Gesetzgebung Bd. IV. Kap. 57. S. 712.

Erkenntnisse nothwendig die Achtung der Gesetze und der Gerichtshöfe vermindern.

Das preußische Criminalrecht, welches sich eine Vermittelung der Ansichten besonders angelegen seyn ließ, hob daher mehrere Fälle hervor, in welchen die Gnade unbeschadet dieser höheren Rücksichten wirksam eintreten könne, nämlich in den §§. 43, 63, 118, 201, 838, 1115. u. 1221, welche lauten:

§. 43. Wer aus eigener Bewegung von der Ausführung des Verbrechens absteht, und dabei solche Anstalten trifft, daß die gesetzwidrige Wirkung gar nicht erfolgen kann; ingleichen der, welcher durch zeitige Entdeckung der Mitschuldigen und ihres Vorhabens die Ausführung dessen hintertreibt, kann auf Begnadigung Anspruch machen.

§. 83. Ist der Verbrecher verborgen geblieben, hat aber seit mehreren Jahren überzeugende Beweise einer gründlichen Besserung gegeben, und den Schaden vollständig ersetzt, so kann er auf Begnadigung Anspruch machen.

§. 201. Alle über das Verbrechen der beleidigten Majestät abgefaßte Straferkenntnisse müssen dem Landesherrn besonders vorgelegt und ihm anheimgestellt werden, in wiefern er dabei von seinem Begnadigungsrechte Gebrauch machen wolle.

§. 838. Ist die Absicht zu tödten schon in äußere Handlungen ausgebrochen, dadurch aber noch kein Schade verursacht worden, so hat der Thäter vier- bis sechsjährige Festungs- oder Zuchthausstrafe verwirkt. Ist er aber vor Vollendung der That aus eigener

Bewegung abgestanden, so kann er auf Begnadigung Anspruch machen.

§. 1115. Wenn Jemand etwas entwendet, um sich oder Andere aus dringender Leibes- oder Lebensgefahr zu retten, so soll der Fall von dem Richter höheren Orts zur Begnadigung des Thäters angezeigt werden.

§. 1221. Hat er (der Theilnehmer an Raub und Diebstahl) den Vortheil ausgeschlagen oder ausgeliefert, und die noch unentdeckten Mitverbrecher angezeigt, so kann er auf Begnadigung Anspruch machen.

Indem das Gesetz hier selbst die Mittel angab, um die sonst gesetzliche Strafe abzuwenden, kann man die Begnadigung den Abweichungen von der gewöhnlichen Strafe zuzählen. Es enthielten diese Paragraphen eine Erklärung der gesetzgebenden Gewalt, in welchen Fällen der Bestrafte die Gnade wirksam nachsuchen könnte, und in welchen Fällen den Gerichtshöfen obliege, sich für ihn zu verwenden. Ein Beweis der Vorsicht, mit welcher man verfuhr, war es, daß man diese Gnade nicht auf sonstige Nachtheile in der bürgerlichen Stellung bezog, und z. B. die Wiederherstellung des Adels, welcher durch ein Verbrechen verloren gegangen war, nicht an eine sonstige Begnadigung knüpfte.

Es gab in dem gemeinen Recht auch rücksichtlich der Begnadigung streitiger Punkte, indem mehrere Rechtslehrer diejenigen Verbrechen, deren Strafen in der heiligen Schrift vorgeschrieben waren, von dem Begnadigungsrecht der Fürsten ausnehmen wollten. Angerathen wurde dessen Anwendung überhaupt nur:

1) wenn die Verdienste und der vernünftige Lebenswan-

del der Verurtheilten dazu vernünftige Beweggründe gegeben habe;

2) wenn durch die Begnadigung kein öffentliches Aergerniß gestiftet werde;

3) wenn kein Dritter in den ihm bereits zuständigen Rechten beeinträchtigt sey. [4])

Unleugbar hatte das preußische Recht diese Fälle vor Augen, [5]) und der §. 9. Tit. 13. Th. II. des Allgemeinen Landrechts stellte daher das Begnadigungsrecht als das Recht dar, aus erheblichen Gründen Verbrechen zu verzeihen. Er vindicirte dieses Recht ausdrücklich dem Oberhaupte des Staates, so weit es nicht für gewisse Verbrechen und Strafen einer untergeordneten Behörde besonders überwiesen sey. Hierauf nehmen die angeführten Paragraphen offenbar Bezug und setzen daher mit Ausnahme des §. 201. eine causae cognitio voraus:

ob der Anspruch auf Begnadigung begründet, und eine willkührliche Herabsetzung oder Erlassung der Strafe aus diesen Vorschriften für den Fall anwendbar sey.

In sofern konnte auch von einem Anspruch auf Begnadigung die Rede seyn, allein in dieser Weise sind diese Stellen niemals in das Leben getreten, sondern unter der Fluth anderer Bestimmungen zu Boden gesunken, so daß sie gewissermaßen als die Ueberreste einer durch Gerechtig-

---

[4]) Quistorp Grundsätze des deutschen peinlichen Rechts. Th. II. §. 848.

[5]) Vergl §. 10. Tit. 13. Th. II. des Allgemeinen Landrechts: Durch dergleichen Aufhebung eines Verbrechens oder durch die erfolgende Begnadigung sollen aber die aus der That selbst wohl erworbenen Privatrechte eines Dritten niemals gekränkt werden.

keitsliebe und Weisheit ausgezeichneten Zeit in die unsere herüberblicken.

XI.

Die richterliche Willkühr.

Aus dem Vorstehenden ergiebt sich, daß die arbiträre Strafe seit den ältesten Zeiten in den verschiedenen Gesetzgebungen heimisch war, und man kann annehmen, daß sie selbst älter ist als die Gesetzgebungen, da es offenbar viel früher Richter gab als Gesetze.[1]) Nur im Verlauf der Zeit fühlte man sich bewogen, der richterlichen Gewalt Schranken zu setzen, aber dies setzte voraus, daß Mißbräuche bereits stattgefunden hatten.

Die Gerechtigkeit hat zwei sehr verschiedene Seiten. Ein Mal wird sie durch die dem Menschen angeborenen und anerzogenen Regeln bestimmt, und sie entspricht alsdann dem jus naturale und jus gentium, andrerseits stützt sie sich auf das bürgerliche Recht. Diese verschiedenen Seiten haben die verschiedenen Erklärungen zu Wege gebracht, und sie stehen sich einander gegenüber, wenn Celsus sagt:

> jus est ars boni et aequi,

oder Ulpian:

> justitia est constans et perpetua voluntas jus suum cuique tribuendi. Juris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere,

oder endlich ein Neuerer:

> Die vorhandenen Gesetzen nicht widerstreitende Handlungsweise heißt Gerechtigkeit.

---

[1]) Kleins Annalen der Gesetzgebung und Rechtsgelehrsamkeit rc. Bd. 1. Abhandlung über die Billigkeit S. 381.

Daß in vielen Sprachen für beides nur ein Wort existirt, beweist, wie schwer es einem Volke wird, den Begriff des Rechtes von der Moral zu trennen, und gewiß ist es zu beklagen, daß es den Gesetzgebungen neuerer Zeit so leicht wurde, unmoralische Handlungen zu gestatten, und Handlungen der natürlichen Freiheit zu verbieten.

Zwar wird die Gerechtigkeit bei einem civilisirten Volke immer von dem Bilde der höhern göttlichen Gerechtigkeit abweichen, aber nothwendig muß sie sich derselben so viel als möglich nähern, denn auf dieser Uebereinstimmung allein beruht die Idee einer von Gott eingesetzten Gewalt.

Mit der Idee dieser höhern Gerechtigkeit ist die Bestrafung der bösen und die Belohnung der guten Handlungen unzertrennbar verbunden. Von ihr entfernt aber bleibt es unmöglich, die Rechtmäßigkeit der Strafen aus einem allgemeinen höhern Grundsatz abzuleiten. Aber die verschiedenen Systeme, die man aufstellte, beweisen, indem sie alle etwas Wahres in sich tragen, daß die Strafen noch außerdem einen andern wichtigen Zweck haben, nehmlich die Erhaltung des Staats und der bürgerlichen Ordnung und mittelbar die Beförderung der allgemeinen Wohlfahrt.

Daher sind im Resultate alle Gesetzgebungen und Rechtslehrer dahin übereinstimmend:

daß Handlungen, welche mit der Existenz eines wohlgeordneten Staates unverträglich sind, nicht geduldet werden können,

und es ergiebt sich auch ferner:

daß, da die Existenz des Staates wesentlich auf Beachtung der Sitten und Gewohnheiten beruht, die diesen zuwiderlaufenden Handlungen bestraft werden müssen.

Aus dem ersteren Grundsatze folgt, daß Handlungen der strengen Bestrafung unterliegen, welche aus moralischen Gesichtspunkten entschuldigt werden könnten. Der durchgreifende Grund ist die Nothwendigkeit, das Verbrechen ist die Gefährdung des bestehenden Zustandes, und es liegt nur in der allgemeinen Unvollkommenheit menschlicher Einrichtungen, wenn man die Wahrheit des von Juvenal in der 13ten Satyre ausgesprochenen Satzes anerkennen muß:

Multi
Committunt eadem diverso crimina fato.
Ille crucem pretium sceleris tulit, hic diadema.

Aus dem andern Grunde rechtfertigt sich die Bestrafung solcher Handlungen, welche, ohne dem Staatszweck direct entgegen zu laufen, dies mittelbar durch die Verletzung guter Sitten thun, wie schamlose Handlungen.

Ein weiser Gesetzgeber wird bei der Bestimmung der Strafen gewisse allgemeine Regeln befolgen, als die Achtung der Moralität in Absicht der Handlungen, die als erlaubt oder verboten gelten; eine zu den Sitten des Volkes passende Wahl der Strafe; eine vernünftige moralische Schätzung der verschiedenen Handlungen und dieser entsprechende Steigerung der Strafen; aber Allem ungeachtet bleibt es unmöglich, ohne Ungerechtigkeiten für das bestimmte Verbrechen eine unabänderlich bestimmte Strafe eintreten zu lassen. Es hat dies doppelte Gründe und diese liegen,

1) in der Verschiedenheit des Verbrechens und
2) in der Verschiedenheit der Strafe.

Es kommt in ersterer Hinsicht alles dasjenige in Betracht, was schon in den vorigen Abschnitten theilweis behandelt ist, als:

die größere oder mindere Bosheit der Handlung, die Schädlichkeit des Verbrechens und des Verbrechers, und der Mangel an Freiheit;

der Mangel solcher Eigenschaften, welche das Gesetz zum vollständigen Verbrechen rechnete (Conat);

die Erschwerungs- und Milderungsgründe.[2]) Alle diese Verschiedenheiten sind im preußischen Rechte umsichtig und weise berücksichtigt, und es beruht darauf die durch den §. 16. dem Richter zugestandene große Gewalt. Wenn hierbei im Verlaufe der Zeit manches anders verstanden ist, wenn bei der Zurechnung und in der Lehre von der Strafänderung und von den Milderungsgründen eine hinreichende Entwickelung vermißt wird, so lag dies mehr darin, daß die Kriminalordnung das nicht leistete, was von der besonders verheißenen Instruction erwartet wurde.

Eine andere wesentliche Verschiedenheit liegt aber auch in den Strafen selbst. Es können dieselben bei den Personen verschiedenen Vermögens, verschiedenen Ranges, und verschiedener Bildung nicht gleich seyn. Für den armen Handarbeiter kann die Bezahlung von 5 Rthlr. eine harte Strafe, selbst ein Unglück seyn, für den Reichen dagegen ist es keine Strafe. Umgekehrt wird für den letztern eine Freiheitsberaubung durch die Entziehung zum Bedürfniß gewordener Bequemlichkeiten und durch das öffentliche Aufsehen zu einer bei weitem strengeren Strafe als für den gemeinen Mann, der es gewöhnlich vorzieht, eine ihm zuerkannte Geldbuße nach dem das Tagelohn auf dem Lande

---

[2]) Die Verschiedenheiten, auf welche heut zu Tage das größte Gewicht gelegt wird, als die Verschiedenheit des Beweises sind unerwähnt geblieben.

weit übersteigenden Maßstab des §. 88. zu tilgen.[3]) Es kann ferner unbedenklich behauptet werden, daß für den schon gesunkenen Verbrecher eine temporäre Freiheitsberaubung in den gewöhnlichen Gefängnissen gar keine Strafe ist. Die Verbrechen gegen das Eigenthum entstehen größten Theils aus der Unlust zur Arbeit, der sie hier im eigentlichen Sinne fröhnen, wogegen es ihnen auf der andern Seite nicht an Gesellschaft fehlt und die Art des Lebens, zumal wenn sie sich Karten und geistige Getränke zu verschaffen wissen, nicht von der, welche sie außerhalb der Gefängnisse führen, abweicht. Außerdem kommen auch noch die Folgen der Strafe in Betracht, welche in den meisten Fällen schlimmer sind als die Strafe selbst. Jedes Gewerbe, es sey groß oder unbedeutend, bis zum geringfügigsten Detailverkauf hinab erfordert ein gewisses Betriebscapital. Nimmt man dieses, so nimmt man dem Betheiligten die Mittel zum Unterhalt. Wäre er noch zu retten gewesen, so tritt er von dieser Zeit ab seine verbrecherische Laufbahn an, und seine Kinder, wenn er deren hat, auferzogen in der Luft der Verbrechen, körperlich und geistig verwahrlost, während die Eltern in den Gefängnissen sitzen, folgen nur allzu leicht dem ihnen gegebenen übeln Beispiel. Für viele Menschen ist ferner eine gewisse Zeit von der äußersten Wichtigkeit. Der Maurer, der Zimmermann und andere Gewerbsleute müssen sich während des Sommers die Mittel zum Unterhalt für den Winter gewinnen. Wer-

---

[3]) Nach gemeinem Recht nahm der Richter bei der poena arbitraria auf das persönliche Verhältniß des Verbrechers Rücksicht. Vergleiche Koch institutiones juris criminalis §. 170. Gmelin Grundsätze der Gesetzgebung über Verbrechen und Strafen §. 51. S. 110.

den sie im Sommer eingesperrt, so kommen sie außer Nahrung, gerathen mit ihrer Familie in die höchste Dürftigkeit, und werden durch diese dem Verbrechen zugeführt.

Von der höchsten Wichtigkeit ist endlich für den Staatsverband die Wirkung der Strafe, und hier darf man allerdings die Frage aufstellen, wie es kommt, daß fast in allen Fällen die tägliche Erfahrung mit dem offen ausgesprochenen Zwecke der Besserung in Widerspruch steht, denn jeder Richter macht die Erfahrung, daß die Verbrecher nur vorsichtiger, aber zugleich verwegener aus den Strafanstalten wiederkehren. So viel verschiedene Systeme in dieser Beziehung aufgestellt sind, so wenig hat man entscheidende Resultate gesehen, und die einzige Maßregel, welche von Erfolg seyn konnte, nehmlich eine strenge Sonderung der Verbrecher, muß in der Praxis als unausführbar betrachtet werden, da sie eine unendliche Menge von Klassen voraussetzen würde. Dazu tritt, daß es geradezu als unmöglich angesehen werden muß, daß der Gesetzgeber ohne Kenntniß der Personen und der Verhältnisse im Voraus genaue Vorschriften ertheilen kann. Es ist, wie ein denkender Schriftsteller sagt, ein fruchtloses Beginnen, die Erscheinungen des vielgestaltigen Lebens zu erschöpfen, und die Formen, unter welchen menschliche Leidenschaften sich ihre Befriedigung suchen, vorauszubestimmen, vorzudenken gleichsam einer ganzen Generation und den Richter zu fesseln.[4])

Um daher alle diese Klippen zu vermeiden, um hier den möglichsten Grad der Vollkommenheit zu erreichen, giebt es in der That kein anderes Mittel als

---

[4]) Mittermayer über die Grundfehler der Behandlung des Kriminalrechts 1819. S. 36.

die richterliche Willkühr.

Man hat dem Ausdruck Willkühr häufig einen unrichtigen Sinn beigelegt, wenn man sie als den Ausfluß eines ungebundenen schrankenlosen Willens betrachtete. Diese Bedeutung hat die Willkühr im juristischen Sinne nie gehabt, vielmehr war sie ein Recht so gut wie andere, nur unter Berücksichtigung der speciellen Verhältnisse, weßhalb die Glosse zum Sachsenspiegel sagt:

> Und ein Willkohr heifst darumb ein Willkör; das sie bindet die sie welen. Were es aber das sie die Umbsessen binden möchte, so were es ein Recht, und dis mag aber von der gesonderten Kühre wegen nicht gesein.

Von einem solchen nur durch Laune bestimmten Willen kann am Wenigsten in rechtlichen Angelegenheiten die Rede seyn, wohl aber durfte man mit Vertrauen auf den richtigen Blick des Richters die Strafbarkeit einer Handlung aussprechen, und das Maß, so wie besonders die Wahl der Strafe dem durch Vernunft und Gerechtigkeitsliebe bestimmten und durch das Studium der Rechte in seiner Allgemeinheit geleiteten Ausspruch überlassen. Nur auf diese Weise ist es zu erreichen,

1) daß eine vernünftige Gleichheit in der Bestrafung hergestellt wird,
2) daß den schädlichen Folgen, die gewisse Strafen oft unter Umständen haben, durch die Wahl einer angemessenen Strafart vorgebeugt werden kann,
3) daß endlich mit der Strafe deren politischer Hauptzweck, die Besserung des Verbrechers, zu verbinden ist.

Die Gleichheit vor dem Gesetz ist in neuerer Zeit sprüchwörtlich geworden, aber wie so viele halbwahre Sätze in

unserer Zeit mag sie nur unter der Einschränkung zugegeben werden,

keine Gleichheit vor dem Richter.

Daß diese nicht besteht, kann man allein der Natur zum Vorwurf machen, die, so lange als es civilisirte Staaten gab, die einen zur Arbeit und einem sorgenvollen Leben, die andern zum Müßiggang und zum Reichthum bestimmte. Ein Gesetz oder vielmehr eine Strafe, die auf gleiche Weise jeden Staatseinwohner ohne Unterschied treffen wollte, würde offenbar, indem sie die Gleichheit aufhöbe, die Gerechtigkeit verletzen.[5]) Es ist zwar die gleiche Bestrafung von Personen höhern Standes in einigen Fällen mit Beifall begrüßt, aber dies war kein Beweis der Gerechtigkeit, vielmehr lagen diesem Beifallsgeschrei dunkle Gefühle des Neides und der Rachsucht zum Grunde, die mit der Liebe zur Gerechtigkeit nichts gemein haben.

Vermöge ihrer politischen Natur soll ferner die Strafe gewissen Uebeln abhelfen, die mit einem ordnungsmäßigen Bestehen des Staates unverträglich sind. Wie gefährlich ist es aber für die Regierung, wie gefährlich für das Land, wenn diese Uebel durch eben das mit erzeugt werden, was sie verhindern soll.

Es haben eben dieses Zusammenhangs wegen, den man wohl erkannte, die meisten Staaten Verzeichnisse der vorkommenden Verbrechen aufgestellt, und sie haben dennoch wie nach einem Maßstabe die innere Lage des Staates beurtheilt.

Der Zustand Preußens war in dieser Hinsicht in ver-

---

[5]) Vergl. Koch institutiones juris criminalis §. 170. Poenae sunt in hypothesi pares, in thesi dispares. — Quistorp Grundsätze des deutschen peinlichen Rechts §. 100.

hältnißmäßig kurzer Zeit sehr gesunken, und wenn gleich bei der letzten sehr vollständigen Aufstellung bemerkt wird, daß man noch nicht hinter Frankreich zurückzustehen scheine, so war man doch über den raschen Fortschritt betroffen.[6]) Deutschland war übrigens das Land, von dem Tacitus sagt, daß gute Sitten dort mehr gegolten hätten, als anderwärts gute Gesetze,[7]) dessen Anhänglichkeit und Treue gegen seine Regenten, dessen Rechtlichkeit bis auf die neuesten Zeiten sprichwörtlich geblieben war, dagegen Frankreich das Land, dessen Moralität durch seine Obrigkeiten und seine Vornehmen seit länger als 100 Jahren bis auf den Grund erschüttert war, und dessen innere Verhältnisse sich auch in der letzten Zeit, der beständigen Zuckungen wegen, nie selbstständig entwickeln konnten.

Wenn aber die richterliche Willkühr den beabsichtigten Nutzen haben soll, so setzt dies außer gewissenhaften Richtern voraus, daß sie am richtigen Orte und in der gehörigen Ausdehnung angewendet werde. Hiernach sind zwei Erfordernisse der richtigen Willkühr unumgänglich nothwendig, und zwar muß dieselbe

1) auf der Verschiedenheit des Thatsächlichen, nicht auf der Unbestimmtheit der Gesetze beruhen;

2) nicht in gesetzliche Schranken geschlossen werden, dagegen aber sich den Gewohnheiten und Sitten derje-

---

[6]) v. Kamptz Jahrbücher.

[7]) Tacitus de Germania cap. 19. Plusque ibi boni mores valent quam alibi bonae leges. Vergl. Tacitus Annal. XIII. 54. Nullos mortalium armis aut fide ante Germanos esse. Das Sprichwort: „ein Wort ein Wort, ein Mann ein Mann" findet sich auch im Sachsenspiegel Lib. I. art. 7. bestätigt. Das andere Sprichwort: „Versprechen ist edelmännisch, halten ist bäurisch," im Grunde dasselbe beweisend, kam mit den französischen Sitten auf.

nigen Gegend anpassen, in welcher die zur Beurtheilung vorkommende Handlung vorfiel.

Es giebt auch eine richterliche Willkühr, die lediglich in dem Maße und der Unbestimmtheit der Gesetze ihren Grund hat. Diese Willkühr droht allerdings dem Publicum und dem Staate Gefahr, erstern durch die Unsicherheit des Rechts, welche sie zur Folge hat, letzterm durch die damit untrennbar verbundene Verminderung des Ansehens der Gesetze und seiner Organe, der Gerichte. Zu wünschen wäre es, könnte man diese Willkühr ganz verbannen, aber leider ist sie, eine Folge der seit länger als 40 Jahren stattgehabten Gesetzgebung, im Uebermaße vorhanden und um so fühlbarer, als die Praxis zu einer gleichmäßigen Ausbildung niemals Zeit behielt, und die vielen coordinirten Gerichtshöfe so wie die häufigen Versetzungen im Richterpersonal deren Entwickelung hemmten.

Es wird dies anschaulicher werden, wenn man aus den verschiedenartigen Verbrechen nur eines derselben, den Diebstahl herausnimmt, dessen Anwendung die häufigste ist.[8]) Es erscheint als ein unbegründeter Vorwurf, daß das Allgemeine Landrecht in dieser Lehre so mangelhaft und unvollständig sey. Die meisten Zweifel und Bedenken entstanden erst, als gründliches Studium des gemeinen Rechts nicht mehr gepflegt, und namentlich die ältern, größtentheils in lateinischer Sprache abgefaßten, theoretischen und practischen Werke bei Seite geschoben wurden. Ein genaueres Studium des preußischen Gesetzbuches mit seinen Quellen beweist wenigstens, daß sich fast Schritt für Schritt nachweisen läßt, welcher von den verschiedenen Meinungen

[8]) Die Lehre von den Injurien würde in geringerm Maßstabe dasselbe Resultat geben.

es folgte, und wo es, was nur selten geschah, vom gemeinen Rechte abwich. Dagegen möchte es ein fruchtloses Beginnen seyn, die durch die spätere Gesetzgebung hineingebrachten Zweifel und Unbestimmtheiten auf gleiche Weise zu lösen.

Insbesondere ist hier die Cirkularverordnung vom 26. December 1799 fruchtbar gewesen, welche in der Einleitung mehrmals eine Instruction genannt wird, und der auch nur eine temporäre Beobachtung bis zur Publication der revidirten Kriminalordnung vorgeschrieben war, wodurch abermals bewiesen wird, daß die Kriminalordnung von 1805 den gehegten Erwartungen und dem ursprünglichen Plane nicht entsprach. Die Cirkularverordnung selbst scheint bei den Gerichten größere Willkühr und die Befugniß einer angemessenen Strafminderung schon vorausgesetzt zu haben, wobei der Verfasser wahrscheinlich das gemeine Recht vor Augen gehabt hat. Uebrigens mag es ununtersucht bleiben, ob es zweckmäßig sey, die Strafen an eine Verwarnung zu knüpfen, und also von einem Formfehler abhängig zu machen, der im Drange der Geschäfte leicht übersehen wird, ob das Gesetz absichtlich jene Sprünge gemacht hat, und z. B. die Entweichung eines bestraften Diebes dem dritten Diebstahl, abermalige Entweichung aber nur dem gewaltsamen Diebstahl gleichsetzt, und ob sich hohe Strafbestimmungen zweckmäßig an Kriterien binden lassen, die durch Beweis kaum jemals festzustellen sind, wie die Zufügung von Schmerzen. Sowohl aus dieser Verordnung als aus den spätern Gesetzen mögen daher nur folgende Fälle des Beispiels wegen aufgeführt werden:

1) Der §. 1161. des Kriminalrechts bestraft den vierten Diebstahl, wenn nehmlich der Dieb drei Mal bestraft

worden war, mit lebenswieriger Zuchthausstrafe. Der §. 13. der Circularverordnung will den bis zu seiner Besserung Verurtheilten nur so bestraft wissen, als ob er sich eines gewaltsamen Diebstahls schuldig gemacht hätte. Ob hier der erste oder der zweite gewaltsame Diebstahl gemeint sey, oder ob der §. 1161. noch fortdauernd zur Anwendung komme, bleibt hiernach unbestimmt, und wenn die Einen nur eine Freiheitsberaubung bis zu höchstens 3 Jahren (Strafe des ersten gewaltsamen Diebstahls) vertheidigen, halten die Andern lebenswierige Freiheitsberaubung für gerechtfertigt. [9])

2) Die §§. 1159. und 1160. machten es eben so wenig als die peinliche Gerichtsordnung zum Erforderniß, daß um die Strafe des wiederholten und dritten Diebstahls eintreten zu lassen, die vorhergegangenen Diebstähle große gewesen seyn. [10]) Dagegen bestimmte ein Rescript vom 9. October 1805 an den Kriminalsenat der Regierung zu Posen, daß die Strafe des dritten Diebstahls voraussetze, das Object eines jeden dieser Diebstähle habe über 5 Rthlr. betragen. Einige Gerichte betrachteten diese Entscheidung, die eben so bei dem vierten Diebstahle zur Sprache kommt, als Autorität, andere hielten sich an den Text, und

---

[9]) Die drei Meinungen, welche das Kammergericht in seinem Berichte vom 2. August 1817 ausführt, sind noch nicht die einzigen. Andere lassen es darauf ankommen, ob unter den frühern Diebstählen sich bereits ein gewaltsamer befindet, um in diesem Falle die Strafe des wiederholten gewaltsamen Diebstahls eintreten zu lassen.

[10]) Peinliche Gerichtsordnung art. 162. Der Entwurf enthielt im §. 933. Bestrafung, das revidirte Landrecht setzte Verurtheilung und entschied so die Controverse in Bezug auf jenen art. 162. Vergleiche Quistorp Grundsätze des deutschen peinlichen Rechts §. 355.

so geschieht es, daß ein Untergericht mit guten Gründen wegen vierten Diebstahls auf sechsjährige Freiheitsberaubung erkennt, und das Obergericht mit andern Gründen die Strafe auf 6 Wochen herabsetzt. Die Willkühr bewegt sich also innerhalb achtwöchentlichem Gefängniß als maximum und lebenswieriger Freiheitsberaubung.

3) Das preußische Kriminalrecht machte ferner in den §§. 1159. und 1160. keinen Unterschied, ob die Verurtheilung in Folge einer ordnungsmäßigen Ueberführung, oder, wie es die Kriminalordnung nennt, wegen Verdachts oder eines hohen Grades von Wahrscheinlichkeit stattgefunden habe.[11]) Schon diese Wahl der Ausdrücke mußte es indeß zweifelhaft machen, ob die außerordentliche Strafe in der Stufenfolge der Fälle zählen könne, da zumal im §. 408. die Ausdehnung derselben sehr beschränkt war. Indem sich Einige für die eine, Andere und die Mehrzahl für die gelindere, aber wahrscheinlich unrichtigere Meinung entschieden haben, wiederholt sich hier die ganze Ungewißheit, deren ad 1. und 2. Erwähnung geschehen, schon von dem zweiten Diebstahle ab.[12])

4) Nach der Cabinetsordre vom 22. Februar 1813, die zuerst die Verwirkung des Rechts, die Nationalcocarde zu tragen, bestimmte, sind vielfache erläuternde und ergänzende Bestimmungen erschienen, die gegenwärtig

[11]) Vergleiche Kriminalordnung §. 366. und 405.

[12]) Nicht allein, daß die gelindere Meinung die Inconvenienz mit sich bringt, daß die erfahrenen und schlauen Diebe stets mit einer unverhältnißmäßig geringen Strafe fortkommen, tritt sie auch den §§. 1159. und 1160, welche nicht aufgehoben sind, in der wörtlichen Fassung entgegen.

die ganze Lehre in das äußerste Dunkel gehüllt haben. Ob sie bei dem kleinen Diebstahl, ob und wenn sie bei der außerordentlichen Strafe aberkannt werden könne, ob sie mit der Versetzung in die zweite Klasse des Soldatenstandes auf gleichen Grundsätzen beruhe, ist durchgängig zweifelhaft, und der Gerichtsgebrauch in dieser Hinsicht fast bei jedem Gericht ein verschiedener.

5) Da das Gesetz vom 22. Juli 1832 bestimmte, daß der Unterschied zwischen großem und kleinem Diebstahl auf die in den §§. 1141—1144. bezeichneten Diebstähle keine Anwendung finde, so hat man per argumentum a contrario und mit Bezug auf das Rescript vom 1. Juli 1825 angenommen, daß er jetzt um so mehr in den §§. 1145. und 1146., so wie in dem §. 1169., der noch dazu auf den §. 1137. zurückverweise, statt finden müsse. Hiernach wird also der gewaltsame Diebstahl in unbewohnten Gebäuden bis über 5 Rthlr. nicht höher bestraft, als der Felddiebstahl zu 1 Rthlr., was zwar einer richtigen Interpretation gemäß erscheint, dennoch aber gegen die Absicht des Gesetzes vom 22. Juli 1832 verstoßen möchte.

Wenn ein Mal eine successive Gesetzgebung eingeführt ist, so kann aus dergleichen Unbestimmtheiten dem Gesetzgeber nicht füglich ein Vorwurf gemacht werden, da sie deren natürliche Folge sind. Es ist unmöglich alle Beziehungen zu übersehen, in welche zwei nicht ganz einfache Gesetze zu einander treten, und während der Bemühung, einzelne Lücken auszufüllen, werden neue an andern Orten entstehen, bis endlich die ganze Gesetzgebung zu einem nicht mehr zu entwickelnden Chaos wird. Wäre indeß auch das Mögliche geleistet, so müßte jedenfalls der Richter in der Er-

klärung solcher Gesetze Irrthümer begehen, da ihm nicht wie dem Gesetzgeber die Materialien vorliegen.

In allen den angeführten Fällen ist also Willkühr, aber nicht die richtige Willkühr, aus der besonderen Lage des Falls, sondern aus einer unbestimmten rechtlichen Ansicht.

Ungeachtet dieses großen und gefährlichen Spielraums ist es auf der andern Seite dem Richter nicht gestattet, eine Strafe zu verändern, deren Unzweckmäßigkeit einleuchtend ist, und vielleicht eine Ehrenstrafe auszuschließen, wenn das Verbrechen mehr in Leichtsinn als in einer unehrenhaften Gesinnung seinen Grund hatte. Es ist bekannt, daß eine zu häufige Anwendung der Strafe ihre Wirkung schwächt, aber in denjenigen Gerichtssprengeln, in welchen rücksichtlich der Ehrenstrafen eine ausgedehnte Praxis besteht, hat der häufig vorkommenden geringern Fälle wegen ein verhältnißmäßig beträchtlicher Theil der Bevölkerung das Recht verloren, die Nationalcocarde zu tragen. Indeß ein Bauer, der bei seinem Fahren durch das Holz einen Feldstein aufladet, um ihn zu seinem Bau zu verwenden, weil er im Walde unnütz sey, ein Mann, der für seine Ziege Disteln von fremdem Felde holt, weil sie Unkraut seyn, der Dienstjunge, welcher seines Herrn Pferden eine Hand voll Heu oder Gras von einem benachbarten Felde vorlegt, der Fuhrmann, der um seinen Wagen zusammen zu binden von einem Gartenzaun eine Weide abschneidet,[13]) haben sämmtlich eine so schwere Strafe nicht verdient. Es ist gerade bei keinem Verbrechen wesentlicher, daß ein vernünftiges richterliches arbitrium eintritt, als bei dem Diebstahl, denn diese Lehre consequent auf die

[13]) Es sind hier nur Fälle angeführt, die in ähnlicher Weise öfter vorkommen.

Spitze getrieben verursacht, daß man jeden Mineralogen, der einen Stein von der Straße an sich nimmt, jeden Botaniker, der eine seltene Blume sammelt, als Dieb betrachten muß.

Zu allen Zeiten aber sind die Richter bemüht gewesen, die Strafen mit dem Geiste des Zeitalters in Einklang zu setzen. Es hat dies zu den Zeiten der römischen Juristen sowohl, als zu den Zeiten der gemeinrechtlichen Juristen stattgefunden. Das Beispiel der ersteren ist insofern lehrreich, als man deutlich sieht, wie nach den 12 Tafelgesetzen die Strafen allmälig herabgedrückt wurden, und wie sie später, als die Nothwendigkeit dazu mehr hervortrat, durch das richterliche arbitrium wieder hinaufgingen. Es ist nicht unwahrscheinlich, daß hier wie bei allen menschlichen Einrichtungen Uebelstände eintraten, und Mißgriffe unvermeidlich waren, aber bei näherer Prüfung bleibt es unverkennbar, daß im Ganzen höchst wohlthuend eingewirkt und der höhere Zweck, die Strafen in jeder Zeitperiode mit dem Sittenzustande des Volkes in ein richtiges Verhältniß zu bringen, erreicht wurde.

Der Vorschritt in der Gesetzgebungskunst machte allerdings das richterliche arbitrium weniger nöthig, indem selbige die Initiative ergriff und den Einfluß der Gerichte zurückdrängte. Bis zu einem gewissen Grade ist dies ohne Zweifel wohlthuend gewesen, aber die Ueberschreitung einer von der Natur vorgezeichneten Grenze wirkte offenbar gefährlich, und ein zu häufiger Gebrauch von der gesetzgebenden Gewalt ist großen Uebelständen unterworfen.

Die Achtung vor und die Liebe zum Gesetz knüpft sich wesentlich an das Alte, ein Grundsatz, den man durch die Erfahrung für bewiesen erachten kann, da das ganze Ge-

wohnheitsrecht auf demselben beruht. In gleicher Weise verhält es sich mit den Anstandsgesetzen, die nicht befohlen zu werden brauchen, da sie mit dem Volke verkörpert sind. Wie hätte auch ohne dies eine Nation regiert werden sollen, der nicht eine solche Menge Schreibmaterialien zu Gebot stand. Es kann zwar eine Gesetzgebung hinter dem Sittenzustande eines Volkes zurückbleiben, aber hiergegen gewährt die richterliche Willkühr Hülfe, indem sie das Mißverhältniß auszugleichen sucht; allein wenn erstere dem Sittenzustande vorauseilt, oder eine falsche Richtung einschlägt, so vermag sie dies nur durch Beschränkung der richterlichen Willkühr, und beraubt sich so selbst des Hülfsmittels. — Man hat in neuerer Zeit in allen Zweigen eine Menge von Gesetzen, Instructionen u. s. w. erlassen, die kein Beamter, geschweige ein Unterthan sich merken kann, und die im einzelnen Fall oft eine abweichende Ansicht, aber kein tiefgefühltes Bedürfniß hervorgerufen hatte. Die nothwendige Folge davon mußte seyn, daß die so nöthige Achtung und Liebe des Gesetzes schon theilweis erlosch, [14]) da sich etwas nicht lieben läßt, was man kaum kennt, unmöglich behalten kann, und mühsam in zusammenstellenden Büchern nachschlagen muß. Soll die Nation die Gesetze lieben und als Bürgschaft ihres Wohles betrachten, so muß auch die Regierung sie achten, und nur abändern, wenn es die dringende Nothwendigkeit erheischt. Das entgegengesetzte Verfahren erzeugt Ungewiß-

---

[14]) Zur Zeit des gemeinen Rechts fand dies nur deshalb in geringerm Grade statt, weil noch eine große Menge Gewohnheitsrechte gültig waren, und leicht bewiesen werden konnten. Uebrigens waren auch die unmittelbaren Berührungen entfernter Orte zu einander viel geringer.

heit des Rechts, und da es bei der eigenthümlichen Weise das Recht zu finden denjenigen, die ein specielles Studium aus der Sache machen, leicht wird, in einzelnen Fällen begangene Irrthümer nachzuweisen, so häufen sich die Beschwerden und sinkt auch das Ansehen der Gerichte, wie das Benehmen der Leute geringern selbst mittlern Standes in ihren Berührungen mit dem Richter hinreichend bewiesen hat. Es wird überdies durch solche Maßregeln in sehr vielen Fällen der beabsichtigte Zweck nicht erreicht. Wenn gleich die Humanität in den Strafen und die Verminderung der körperlichen Züchtigung von wohlthätigen Folgen gewesen ist, so haben doch die an die Stelle der Circularverordnung vom 26. Februar 1799 getretenen neuen Grundsätze dieses Resultat nur in bedingtem Maße gehabt, da man eben nur diese und nicht den bestimmten Fall oder die Persönlichkeit der Verbrecher zu Rathe zog. So hat die Bestimmung vom 29. März 1833 die körperliche Züchtigung bei Personen weiblichen Geschlechts über 10 Jahre aufgehoben, Ehrhardt dagegen in seinem Entwurf eines Strafgesetzbuches aus Gründen der Humanität vorgeschlagen, daß junge Mädchen bis zur Erfüllung des 15ten Jahres nie mit Gefängnißstrafe zu belegen, sondern den Eltern zur Züchtigung zu überlassen seyen.[15]) Es erscheint letzteres eben so wenig angemessen, da in vielen Fällen dieser Art die Eltern die Veranlassung von den Diebstählen ihrer Kinder sind, aber die Mehrzahl der practischen Juristen würde sich wahrscheinlich bei der Einrichtung der Untersuchungsgefängnisse, welche der Moralität von mehreren Seiten her, und namentlich durch schlechte Gesellschaft Ge-

[15]) Christian Daniel Ehrhardt. Entwurf eines Gesetzbuches über Verbrechen und Strafen. Leipzig 1816. Art. 57.

fahr drohe, aus Humanität für die Ehrhardtsche Meinung entscheiden.

Es folgt hieraus, daß sich selbst über Humanität nicht fest bestimmte Normen geben lassen, und daß selbst die detaillirtesten Bestimmungen, abgesehen von den übrigen Nachtheilen, die mit ihnen verbunden sind, nicht dasjenige, worauf es eigentlich ankommt, nämlich:

a) richtiges Maß in der Bestimmung der Strafe, rücksichtlich ihrer Höhe und

b) richtiges Maß in der Anwendung der Strafe,

sondern oft gerade das Gegentheil bewirken.

Was aber die Gesetzgebung nicht vermag, das muß sie den Richtern als ihren Organen durch Handhabung einer vernünftigen Willkühr überlassen.

Daß dieselbe in den Händen unbesonnener und unredlicher Richter durch ihre Anwendung am unrechten Orte gemißbraucht und daher gefährlich werden kann, liegt in der Natur der Sache. Es ist aus diesem Grunde nothwendig, sie innerhalb der erfahrungsmäßigen Schranken zu halten, um den auf den beiden Endpunkten liegenden Nachtheilen zu entgehen. Es ist überhaupt nichts gefährlicher, als eine consequente Befolgung bestimmter Systeme, da die entgegengesetztesten Grundsätze sich im Leben des Menschen bedingen, und einander beschränken. Vor den gefährlichen Folgen solcher Ueberschreitung hat schon ein alter römischer Schriftsteller gewarnt:

Nec preme, nec summum molire per aethera currum;
Altius egressus coelestia tecta cremabis,
Inferius terras: medio tutissimus ibis.
Neu te dexterior tortum declinet in anguem,

Neve sinisterior pressam rota ducat ad aram:
Inter utrumque tene.[16])

Wenn also auch von Oben nicht allen Uebelständen abgeholfen werden kann, so giebt es immer Mittel dem Mißbrauch der richterlichen Willkühr in unsrer Zeit abzuhelfen, als

1) die collegialische Einrichtung der Gerichte,
2) höhere Instanzen,
3) Bekanntmachung der Urtheilsprüche,
4) Umwandlung im Wege der Gnade.

Was dagegen durch unzeitige Beschränkung der richterlichen Willkühr versäumt ist, läßt sich nicht wieder ausgleichen und die unausbleiblichen Folgen müssen seyn:

Ungewißheit und Verwirrung des Rechts,
verminderte Achtung der Gesetze und des Richters,
Verminderung der Moralität und
Zunahme der Verbrechen, verbunden mit der Untergrabung des Wohlstandes der Betheiligten.

Auch würde man dadurch keine neue Bahn betreten, wenn man sich in dieser Beziehung wieder mehr dem gemeinen Rechte zuwendete. Da die übrigen Abänderungen in der That nur unerheblich erscheinen, war die Beschränkung der Richterstühle in der Handhabung der verhältnißmäßigen Gerechtigkeit gewisser Maßen der Hauptpunkt, in welchem man den seit Alters her vorgezeichneten Weg verließ. Aber gerade in diesen Rücksichten ist das preußische Recht erst in neuerer Zeit mißverstanden, und durch Zusätze und Abänderungen in seinem Streben gehemmt, und man gelangt dadurch zu der Ueberzeugung, daß die scho-

[16]) Ovidii Metamorph. Liber II. v. 135. sqq.

lastischen Eintheilungen in justititia attributrix oder assignatrix und expletrix, commutativa (durchgreifende) und distributiva (verhältnißmäßige Gerechtigkeit) nicht so unwesentlich gewesen wären, wegen des Nutzens, gewisse Eigenschaften der Gerechtigkeit den Gesetzgebern und Richtern vor Augen zu bringen. [17])

XII.
Schluß.

Als am 6. März 1792 des jetzt regierenden Königs Majestät als damaliger Kronprinz das Kammergericht mit einem Besuche beehrte, hielt der damalige Kammergerichtsdirector Kircheisen eine Anrede, die überall seinen edlen Character, seine Anhänglichkeit an das königliche Haus, seine Liebe zur Gerechtigkeit und seine Weisheit wiedergiebt:

Dreißig Jahre lang, (sagte er, indem er ein Bild der Gesetzgebung seit dem codex Fridericianus entwarf) wurden die Gerichtshöfe mit neuen Verordnungen, Erklärungen, Verbesserungen überhäuft, und ein Theil unsrer Gelehrsamkeit bestand darin, dies Heer von Gesetzen dem Gedächtniß einzuprägen. [1])

Was Kircheisen damals der Erwähnung werth hielt, ist unstreitig jetzt in einem bei weitem höhern Grade der

---

[17]) Die justitia attributrix und expletrix stimmte im Wesentlichen mit der justitia commutativa und distributiva überein. Die eine betrachtete das Verbrechen, die andere die Strafe. Hugo Grotius de jure belli ac pacis I. cap. I. §. VIII.

[1]) Klein Annalen der Gesetzgebung und Rechtsgelehrsamkeit in den preußischen Staaten Bd. 9. S. 301.

Fall. Das Gedächtniß reicht nicht mehr aus, die Menge der abändernden, declarirenden und verbessernden Gesetze auch nur in einem Fache zu fassen, wie aber soll der Richter noch Zeit zu anderen Studien gewinnen, die ihn zur wahren Qualification hinsichtlich ihrer Auslegung und Anwendung befähigen müssen. Und wenn dies die Gesetzkundigen in allen Zweigen nicht vermögen, wie sollen es diejenigen zu Stande bringen, für welche die Gesetze doch eigentlich gegeben sind, damit sie ihnen zur Richtschnur ihrer Handlungen dienen.

Wer möchte nicht im Interesse seines Vaterlandes wünschen, daß diesem Zustande bald ein Ende gemacht werde, und daß klare und möglichst einfache Gesetze neu gegeben oder besser wiederhergestellt, und ihnen die nöthige Zeit zu ihrer Entwickelung gestattet werde. Viel würde für unsern Zustand schon gewonnen seyn, wenn man sich entschließen könnte, unter Aufhebung der vielen abändernden und erläuternden Bestimmungen den reinen Text der alten Gesetze mit bloßer Abänderung derjenigen Stellen zu bestätigen, die, weil sie zu sehr in Einzelheiten eindringen, sich erfahrungsmäßig als nicht zweckmäßig ausgewiesen haben, oder mit den neueren Instituten in Widerspruch treten. Zwar ist das allgemeine Landrecht und namentlich das Kriminalrecht vielfach getadelt, allein wer dasjenige, was in neuerer Zeit geleistet worden ist, ohne Vorurtheil betrachtet, dürfte nicht ohne Grund bezweifeln, daß es der jetzigen industriellen und nur partielle Zwecke verfolgenden Zeit vergönnt sey, etwas Besseres hervor zu bringen. Wenn man sich damals täuschte, so scheint dies besonders darin gelegen zu haben, daß man irrthümlich glaubte, das Recht überhaupt erschöpfen und der Jahrtausende hindurch ge-

henden Vorarbeiten entbehren zu können. [2]) Dagegen blieb im Allgemeinen die Gesetzgebung in der Lage, wie sie sich aus dem Volke entwickelt hatte. Aber in neuerer Zeit nahm die Gesetzgebung die unendliche Aufgabe über sich die Verhältnisse zu leiten, anstatt sich von ihnen leiten zu lassen. Demnach betrachtete sie ein Gesetz als ein Heilmittel, das sie einem Kranken verordnete, und welches oft nur die Wirkung hatte, die Gesundheit mehr zu zerrütten. Eine Zeit lang mag dies seinen Fortgang haben, aber die Ansichten über das wirklich Gute sind wegen dessen relativer Beschaffenheit zu verschieden, um je in Uebereinstimmung zu kommen. Man untergräbt daher nur den historischen Boden, und zerstört das einzige Fundament, auf dem man fortbauen könnte, man vertauscht endlich die den Völkern zu ihrem inneren Gedeihen so nothwendige Ruhe mit einer ewigen Bewegung. So wirkt zuletzt der Staat gegen sich selbst, und bereitet eine Auflösung vor, die bei diesem Verfahren früher oder später eintreten muß. Wie eine plötzlich veränderte Lebensweise für den menschlichen Körper, so ist eine plötzliche Reform für den Körper des Staats, bevor er sich daran gewöhnen konnte, stets eine gefährliche Sache. Es ist sogar oft bedenklich, selbst anerkannt schädliche Gewohnheiten gewaltsam abzuschaffen, weil die Gewährung in der Regel die schädlichen Folgen aufhebt, und man nicht weiß, was an dessen Stelle tritt. [3])

---

[2]) l. 10. D. 1. 3. de legibus senatusque consultis et longa consuetudine. — Neque leges, neque senatus consulta ita scribi possunt, ut omnes casus, qui quandoque inciderint, comprehendantur.

[3]) Das Centralisiren hat zu einer gleichmäßigen Regierung beigetragen, aber keinenfalls ist letztere dadurch stärker geworden, denn wenn sie andern Falls durch ihre Unterstützung eines Theils ein Ueberge-

Schon Filangieri suchte in seinem System der Gesetzgebung nach einem Mittel wider die Menge der Gesetze, und schlug dafür die Einsetzung eines Censors der Gesetze vor. Er sagt:

Kaum offenbart sich eine Unordnung bei einem Volke, so wird ein neues Gesetz gemacht. Es hat bloß einen besondern Fall zum Gegenstand, der leicht unter dem vorigen Gesetz mit zwei oder drei Worten mehr oder weniger hätte begriffen werden können. Aber es ist nun ein Mal das Schicksal der Gesetzgebungen, immer vor sich zu sehen, ohne einen Blick rückwärts zu thun. Dies ist die Ursache der zahllosen Menge von Gesetzen, welche die europäischen Gerichtsstühle zu Boden drücken, und das System der Rechtsgelehrsamkeit dem Ziffer-Studium der Sinesen ähnlich machen, die nach einem zwanzigjährigen Anstrengen kaum dieselben lesen lernen. [4])

Diese Idee einer solchen Censurbehörde scheint in der unterm 29. Mai 1781 errichteten Gesetzcommission verwirklicht worden zu seyn, welcher die Prüfung aller neuen Gesetze, die nicht blos die Staatswirthschaft und Finanzverwaltung betrafen, so wie der Vorschlag zu neuen Verbesserungen aufgetragen war, doch ist auch sie wieder in den Hintergrund getreten. [5])

Kaum dürfte aber eine Zeit zu einer durchgreifenden

---

wicht ausüben konnte, so wird von nun an jede Mißstimmung, die oft in ungünstigen Verhältnissen beruht, ihr allein zur Last gelegt, wie z. B. in Frankreich.

[4]) Filangieri System der Gesetzgebung Bd. 1. Cap. 8. S. 166.

[5]) Klein Annalen der Gesetzgebung und Rechtsgelehrsamkeit rc. Bd. 2. S. 301.

Gesetzgebung ungünstiger seyn als die jetzige, in welcher die extremen Ansichten von der einen Seite extreme Meinungen von der andern hervorgerufen haben.

Die Ansichten zweier Partheien stehen einander gegenüber. Die Einen möchten, das historische Element gering schätzend, in Allem die Reform, die Staatsgewalt zwar centralisirt, aber doch geschwächt und unaufhörlich angegriffen durch die, welche sich unter dem trügerischen Vorwande besonderer Qualification einen Weg hineinbahnen wollen, sie möchten Alles nivellirt und die Unterscheidungen ausgelöscht bis auf guten Gehalt in den höheren Chargen. Die Geschichte ist für sie nur eine Kette früherer Thorheiten, und die Regierungskunst finden sie in der Aufstellung allgemeiner, aber eben darum unrichtiger Principien, wodurch sie sich selbst und eine weniger gebildete Menge täuschen. —

Die Andern verschließen ihr Ohr den Bedürfnissen der jetzigen Zeit; sie sehen, gewöhnlich durch ihr eigenes Interesse verblendet, nicht ein, daß wo gleiche Bedingungen sind, auch nothwendig gleiche Ansprüche entstehen müssen. Die Geschichte hat auch für sie nur eine Seite, indem sie anerkennnen, daß etwas existirt hat, aber nicht, warum es existirt hat, und warum es nicht länger existiren konnte. Sie vergessen, daß der Geschichte nichts ferner liegt, als ein Verknöchern starrer Formen, und daß sich in ihr ein ewiges Fortschreiten zeigt.

Es erscheint in der That mit Schwierigkeiten verbunden, unter diesen Umständen eine Gesetzgebung zu vermitteln, und sie gleichzeitig vor Inconsequenzen zu bewahren, wie sich denn auch die neuere Gesetzgebung von diesem Schwanken keinesweges frei gehalten hat. Aber doch wird

eine Revision, und namentlich im Strafrecht, ein dringendes Bedürfniß, da etwas geschehen muß, um der Ungewißheit des Rechts und der zunehmenden Demoralisation entgegen zu treten, und zugleich die Liebe zum Gesetz neu zu begründen.

Diese Zwecke zusammen dürften aber nur zu erreichen seyn:

1) durch Vereinfachung des Gesetzes und Zurückführung desselben auf die Grundsätze der Moral,

2) durch vernünftige Willkühr des Richters in der Handhabung der Strafe mit Berücksichtigung des individui,

3) durch nicht allzugroße Theilung der Verwaltung in den unteren Zweigen, welche mit dem Volke unmittelbar in Berührung kommen.

Es bezieht sich das erstere nicht allein auf das Kriminalrecht im engern Sinne, vielmehr kommen hierbei auch die fast unzähligen Steuergesetzbestimmungen in Betracht, die namentlich, da sie an und für sich erlaubte Handlungen verbieten, zur Verrückung des moralischen Gesichtspunktes beigetragen haben. [6])

Die richtige Anwendung der richterlichen Willkühr wird die Strafe vor übertriebener Härte, aber auch vor schädlicher Schwäche bewahren und dazu beitragen, das Ansehen der unmittelbaren Obrigkeit zu erhöhen, was sie haben muß, wenn sie nützlich wirken soll.

---

[6]) Der Nutzen vieler Bestimmungen ist in der That nur gering, aber der moralische Nachtheil beträchtlich. In diesem Betracht sind besonders die Postcontraventionen ein auffallendes Beispiel. Facit enim consuetudinem peccandi multitudo peccantium, Seneca de clem.

Der gemeine Mann kann es aber auch nicht begreifen, wenn ihm die moralische Person des Staats in so vielfacher Form entgegentritt, und das natürliche Mißtrauen, welches Jemand überhaupt gegen dasjenige hegt, was er nicht versteht, wird durch die vielen Personen erhöht, mit denen er in Berührung kommt.

Diese Wirkungen sind kein unbedeutendes Argument gegen die jetzt so weit gehende Trennung der Gewalten und namentlich der Trennung der Polizeigerichtsbarkeit von der richterlichen, für deren Verbindung auch Klein sich entschieden aussprach, so weit nehmlich eine Bestrafung in Betracht kam. 7) Die große Menge der polizeilichen Bestimmungen beruht aber, wie schon Beccaria bemerkt hat, oft auf einer falschen Ansicht vom Nützlichen, und sie charakterisiren sich um deßhalb mehr als willkührlich, weil an und für sich nicht beschädigende Handlungen aus Rücksichten andrer Art verboten werden. Das preußische Recht sicherte indeß, indem es die Lehre von der Vorbeugung der Verbrechen mit dem Strafrecht selbst verband, ihre moralische Grundlage, und deutete so die höhere Rücksicht an, welche hier vorwalten müsse.

Das Recht bedarf aber auch einer Form, durch welche es in das Leben tritt, und hier bietet sich zuerst das alte germanische Institut der Geschwornengerichte dar, welches man verließ, als die Civilisation sich weiter verbreitete und man es für rathsam hielt, die höchsten Interessen der Nation wissenschaftlichen Männern anzuvertrauen. Fast seltsam und außer der gewöhnlichen Ordnung liegend, müßte es

7) Klein's Annalen der Gesetzgebung und Rechtsgelehrsamkeit rc. Bd. 4. S. 335.

daher erscheinen, daß sich jetzt so viele Stimmen für dergleichen Gerichte erheben, und daß deren Zahl unverkennbar im Wachsen begriffen ist, wenn nicht tiefere Ursachen vorhanden wären. Diese Gründe liegen aber offenbar

1) in einem Mißtrauen gegen die Obrigkeit, indem man von den Geschwornen eine größere Unabhängigkeit der Regierung gegenüber erwartet,

2) in einem Mißtrauen gegen die Gesetzgebung, welche kein Mensch mehr zu übersehen im Stande ist,

3) in dem auf der Oeffentlichkeit beruhenden Vertrauen.

Sollten sich aber diese Vortheile, welche man von dem Institut der Geschwornengerichte erwartet, nicht eben auch bei richterlichen Collegien erreichen lassen, und ist es nicht unter allen Verhältnissen ein großer und schleunige Abhülfe dringend erheischender Uebelstand, wenn der Bürger seiner Obrigkeit mißtrauend gegenüber steht? Eine Nation, bei welcher eine solche Gesinnung um sich greift, wird offenbar, wenn nicht frühzeitig ernstliche Schritte geschehen, ihr entgegenzuarbeiten, den Geschwornengerichten zueilen, und früher oder später den Widerstand überwinden, der nothwendig an Kraft verliert, je auffallender sich die in den Richtercollegien und den Gesetzen liegenden Mängel offenbaren. Möglich ist es, daß man sich in der Folge, wie im römischen Recht, wieder dem andern Verfahren mit einigen Abänderungen zuwendet, aber würde nicht dann die jetzige Generation der Vorwurf treffen, daß sie nicht eingelenkt habe, als es Zeit war?

Wenn aber diesen Uebelständen abgeholfen werden soll, so muß dies von Grund aus geschehen, da bloße Abänderungen als solche nicht zum Zweck führen. Ob man sich

mehr der Verhandlungs- oder mehr der Untersuchungs-Maxime zuwendet, ob man ohne Oeffentlichkeit drei oder einen Richter zur Aufklärung des facti in den einfacheren Sachen verwendet, vermag hier allein nicht durchzugreifen und das allgemeine Mißbehagen zu heben, was die Schwierigkeit und Ungewißheit des materiellen Rechts und das Mißtrauen gegen richterliche Festsetzung veranlaßt.

Man könnte mit einigem Recht unsere Zeit die gesetzgebende nennen, denn überall entstehen neue Gesetzbücher, und die Eitelkeit der kleineren Staaten leidet es nicht, ein mit Sorgfalt ausgearbeitetes Buch zum Grunde zu legen, da es auch in ihnen nicht an Leuten fehlt, die ihren Namen auf die Nachwelt zu bringen wünschen. Aber von mehrern Seiten her wird es jetzt bedauert, daß unser Deutschland durch so viele Gesetzbücher, die sich von dem gemeinen Rechte emancipiren, jetzt mehr zerrissen wird als je, was mit der Zeit auch der deutschen Nationalität Gefahr droht. Leider ist dieser Vorwurf nur zu gegründet und die Gesetzgebung wird immer schwieriger und verwickelter für die Länder, welche doch im Grunde von Einem Volke bewohnt werden. Gut wäre es, wenn man endlich, auch in diesem Punkte zur Weisheit unserer Vorfahren zurückkehrend, das alte Wort des Sachsenpiegels beherzigen wollte:

Große Angst geht mich an
Ich fürchte seer, daß mancher Mann
Diese Rechte wölle mehren
Und beginne damit recht zu verkeeren. [8])

Aber das Gesetz ist keinesweges eine so vergängliche Sache, wenigstens dann nicht, wenn bei dessen Redaction die

---

[8]). Vorrede zum Sachsenspiegel.

Regeln des canonischen Rechts befolgt werden, welches vorschreibt:

Erit autem lex, honesta, justa, possibilis secundum naturam, secundum patriae consuetudinem, loco temporique conveniens, necessaria, utilis, manifesta quoque, ne aliquid per obscuritatem in captionem contineat, nullo privato commodo sed pro communi civium utilitate conscripta.

Berlin, gedruckt bei J. F. Starcke.

D.

BSB Bayerische StaatsBibliothek

MDZ Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Siemens, Georg,

Über die ordentliche Strafe und ihre Abweichungen so wie über richterliche Willkühr Mit besonderer Beziehung auf das preußische Kriminalgesetzbuch

Berlin 1840

Crim. 236 w
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10395478-3